

# Retten til flyktningstatus for troende som undertrykker sin religion av frykt for forfølgelse

En tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2)

Kandidatnummer: 685

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17 808



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Avhandlingens aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger .....	3
1.4	Begrepsavklaringer .....	3
1.5	Videre fremstilling .....	4
<b>2</b>	<b>METODE OG RETTSKILDESITUASJON .....</b>	<b>5</b>
2.1	Forholdet mellom norsk og internasjonal rett .....	5
2.2	Rettskildene for tolkning av Flyktningkonvensjonen .....	6
2.2.1	Ordlyd .....	7
2.2.2	Formål og objekt.....	7
2.2.3	Sammenheng .....	7
2.2.4	Statspraksis .....	8
2.2.5	Reelle hensyn.....	8
2.3	Relevante prinsipper for tolkning av Flyktningkonvensjonen .....	9
<b>3</b>	<b>FLYKTNINGDEFINISJONEN.....</b>	<b>11</b>
3.1	Vilkårene for å anses som flyktning .....	11
3.1.1	«Velbegrunnet frykt for forfølgelse».....	12
3.1.2	Årsakssammenheng og konvensjonsgrunnene .....	14
<b>4</b>	<b>ÅRSAKSTESTEN.....</b>	<b>19</b>
4.1	Rt. 2012 s. 494 .....	20
4.1.1	Sammenfatning av rettsanvendelsen til Høyesterett.....	22
4.2	HJ og HT .....	22
4.2.1	Sammenfatning av rettsanvendelsen til UKSC .....	26
<b>5</b>	<b>KAN ÅRSAKSTESTEN ANVENDES ANALOGISK PÅ KONVENSJONGRUNNEN «RELIGION»? .....</b>	<b>27</b>
5.1	Vurdering av årsakstestens rettslige forankring .....	27
5.1.1	«Velbegrunnet frykt for forfølgelse».....	27
5.1.2	«på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe» .....	36
5.1.3	Slutning og konklusjon .....	38
5.2	Forvaltningens begrunnelse for at årsakstesten ikke anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen «religion» .....	41

5.2.1	Generelle bemerkninger .....	41
5.3	Hierarki mellom konvensjonsgrunnene? .....	42
5.4	Forskjell på karakteren av seksuell orientering og «religion» som tilsier ulik vurdering? .....	44
5.4.1	Uforanderlig eller valgfri status.....	44
5.4.2	Er det andre relevante forhold som tilsier en forskjell?.....	45
5.4.3	Konklusjon.....	50
<b>6</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>51</b>
<b>7</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>53</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven redegjør for tilfeller der en utlending søker om beskyttelse som flyktning på grunn av sin religion og det oppstår spørsmål om vedkommende har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i sitt hjemland. Når det er på det rene at det foreligger en reell risiko for forfølgelse hvis søkeren utøver sin religion, blir spørsmålet om vedkommende kan oppfylle vilkåret om velbegrunnet frykt for forfølgelse dersom man finner det sannsynliggjort at søkeren vil skjule sin religion ved retur.

Det er anerkjent at det kan utgjøre forfølgelse å skjule sin religion når virkningen av dette på individet er så alvorlig at det i seg selv utgjør forfølgelse.<sup>1</sup> Spørsmålet i denne fremstillingen er om søkeren kan ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse når vedkommende vil skjule sin religion, uten at det vurderes hvor alvorlige virkninger diskresjonen har på søkeren.

Rt. 2012 s. 494 og etterfølgende rundskriv fra Justis- og beredskapsdepartementet<sup>2</sup> har medført en avklaring av beskyttelsesvurderingen i asylsaker vedrørende seksuell orientering og kjønnsidentitet i norsk rett. Høyesterett la til grunn tilsvarende metode som ble oppstilt den britiske høyesterettsdommen *HJ and HT v Secretary of State for the Home Department*, UKSC 31 (heretter *HJ* og *HT*). Når utlendingsmyndighetene kom til at en som er homofil ville skjule sin legning ved retur, var praksis tidligere slik at søkeren ikke ble ansett for å ha en velbegrunnet frykt. Nå skal det vurderes hva som er årsaken til at vedkommende vil skjule sin legning. Dersom frykten for forfølgelse er en vesentlig årsak, anses det å foreligge en velbegrunnet frykt for forfølgelse. I forhold til tidligere praksis er dermed terskelen for å få beskyttelse i saker om seksuell legning senket. Idet årsaken til søkerens diskresjon er det sentrale vurderingstemaet, vil denne vurderingen her omtales som «årsakstesten».

Årsakstesten har fått mye oppmerksomhet og har blitt diskutert i internasjonal teori, særlig hvorvidt denne tolkningen er i tråd med Flyktningkonvensjonen.<sup>3</sup>

Homofile omfattes av konvensjonsgrunnen «spesiell sosial gruppe». Spørsmålet er om årsakstesten kan overføres til konvensjonsgrunnen «religion».

---

<sup>1</sup> HCR/GIP/04/06 punkt 14. UKSC 31 avsnitt 54

<sup>2</sup> GI-07/2012

<sup>3</sup> Hathaway (2011) side 315. Goodman (2011) side 407. Millbank (2011) side 497. Tobin (2011) side 411. Anker (2011) side 529

## 1.2 Avhandlingens aktualitet

Når rettstilstanden i Norge nå er avklart i asylsaker om seksuell orientering, er det aktuelt å stille spørsmålet om en tilsvarende vurderingsmodell bør legges til grunn i saker som gjelder religion. Dette gjøres per dagsdato ikke i utlendingsmyndighetenes praksis. Det er delte meninger rundt dette spørsmålet.

NOAS har i sin rapport om iranske konvertitter kritisert UNE for ikke å vurdere beskyttelsesbehovet for konvertitter på samme måte som for homofile. I rapporten vises det til at UNE ikke anser det som forfølgelse at «konvertitter må tilpasse seg de sosiokulturelle normer for å unngå forfølgelse» og at UNE ikke anvender samme beskyttelsesvurdering for konvertitter som for homofile asylsøkere.<sup>4</sup>

Seniorrådgiver i UNE, Øyvind Øyen, har gitt uttrykk for at han er uenig i denne kritikken. Han mener at vurderingstemaet er hvordan søkeren faktisk vil opptre ved retur og om dette medfører en reell fare for forfølgelse. Han hevder at NOAS i sin rapport bygger på en misoppfatning av forholdet mellom menneskerettigheter og asylrett, og viser til at det som skal vurderes er hva søkeren kommer til å gjøre og dermed risikerer, ikke hva vedkommende har rett til å gjøre.<sup>5</sup>

Uttalelsene til Øyen synliggjør at norske utlendingsmyndigheter per i dag anvender ulike vurderingstemaer for å vurdere beskyttelsesbehovet i saker om seksuell orientering og i saker om religion. Det er relevant å stille spørsmålet om det er forhold som tilsier at disse to forfølgelsesgrunnene skal vurderes ulikt.

Spørsmålet er ikke avklart gjennom norsk rettspraksis. Spørsmålet har imidlertid vært omtalt i to dommer fra lagmannsretten, uten at det ble funnet nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet. I den første dommen viste retten for det første til Høyesteretts syn på at årsakstesten «var best i samsvar med Flyktningkonvensjonens ordlyd og formål.» For det andre viste retten til at det er «vel vanskelig å peke på reelle grunner som tilsier at religiøs tro og praksis bør vurderes annerledes enn seksuell legning og praksis».<sup>6</sup> I den andre lagmannsrettsdommen uttalte retten at HJ og HT og den tidligere lagmannsrettsdommen taler for en likestilling av konvensjonsgrunnene.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> NOAS (2014) side 8 og 33

<sup>5</sup> Øyen (2014)

<sup>6</sup> LB-2010-134086

<sup>7</sup> LB-2012-96733

### 1.3 Avgrensninger

Oppgaven skal redegjøre for metoden lagt til grunn i Rt.2012 s. 494, samt begrunnelsen for denne, med det formål å kunne vurdere om denne metoden også burde anvendes på konvensjonsgrunnen religion. Temaet for oppgaven inntreffer på et punkt i beskyttelsesvurderingen hvor faktumvurderingen i saken allerede er foretatt, og det er funnet sannsynliggjort at søkeren har den aktuelle religionen, og at vedkommende vil risikere forfølgelse i sitt hjemland dersom han eller hun levde åpent med sin religion. Bevisspørsmål og spørsmål om troverdighet faller derfor utenfor rammen av oppgaven.

I denne oppgaven vil det kun vurderes om metoden som ble lagt til grunn i Rt. 2012. s. 494 er overførbar til konvensjonsgrunnen «religion». I norsk sammenheng er religion det mest aktuelle grunnlaget å vurdere, da problemstillingen ble løftet i de to nevnte lagmannsrettsdommene. I tillegg kommer den nevnte debatten mellom Øyen og NOAS.

### 1.4 Begrepsavklaringer

En person som har søkt om beskyttelse i Norge betegnes som asylsøker, inntil vedkommende sin sak er ferdig behandlet i UDI og/eller UNE. I denne oppgaven vil asylsøkeren bli omtalt som søker. Hvis søkeren får innvilget flyktningstatus og asyl, er vedkommende ikke lenger asylsøker, men flyktning.

For å anses som flyktning er det et vilkår at man har en velbegrunnet frykt for forfølgelse «på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning.»<sup>8</sup> Når det refereres til disse grunnene generelt, vil de bli omtalt under fellesbetegnelsen konvensjonsgrunner. Ellers vil det spesifiseres hvilken konvensjonsgrunn det er snakk om.

LHBT-saker er en fellesbetegnelse på asylsaker som omhandler en som søker beskyttelse på grunnlag av sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet.<sup>9</sup>

Metoden for vurdering av om en søker kan ha rett til beskyttelse i saker om seksuell legning, lagt til grunn i Rt. 2012 s.494, vil for oppgavens formål omtales som «årsakstesten», for å unngå forveksling med oppgavens metode.

Øvrige begrepsavklaringer vil bli foretatt underveis.

---

<sup>8</sup> Utlendingsloven § 28(1) a

<sup>9</sup> GI-07/2012

## **1.5 Videre fremstilling**

I kapittel 2 vil det redegjøres for oppgavens metode og rettskildesituasjonen. I kapittel 3 vil det bli gitt en introduksjon av vilkårene for asyl etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, og en nærmere redegjørelse for vilkårene som er sentrale for å svare på oppgavens problemstilling. I kapittel 4 vil det foretas en redegjørelse for årsakstesten og begrunnelsen for den, slik det fremkommer av Rt.2012 s.494, og HJ og HT, som Høyesterett bygde sin rettsanvendelse på. På bakgrunn av dette vil det vurderes om årsakstesten kan anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen religion i kapittel 5. Herunder vil det foretas en vurdering av hvordan årsakstesten er forankret i en tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), (5.1), og om det er hierarki eller andre forskjeller mellom konvensjonsgrunnen religion og seksuell legning som medfører at sakene må vurderes ulikt (5.2-5.4).

## 2 Metode og rettskildesituasjon

Jeg anser problemstillingen som et uavklart rettsspørsmål. Spørsmålet er tilsynelatende ikke avklart i norsk eller utenlandsk rettspraksis, og er ikke diskutert i juridisk litteratur. Fremstillingen i oppgaven er basert på en deskriptiv analyse av metoden som i dag anvendes ved asylvurderingen i LHBT-saker, med siktemål å først identifisere metodens bakgrunn og rettslige begrunnelse. Denne delen søker å utforske og gjøre rede for årsakstesten slik den er lagt til grunn av norske og internasjonale rettsanvendere, i hovedsak Norges høyesterett og Englands Supreme Court.

På denne bakgrunn vil oppgaven deretter vurdere hvorvidt årsakstesten kan anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen «religion». Gjennom en deskriptiv tolking av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) vil det bli forsøkt å komme frem til en rettslig begrunnet konklusjon. Idet norske rettsanvendere i dag ikke anvender metoden analogisk på andre asylsaker enn LHBT-saker, vil oppgaven bevege seg noe utover gjeldende rett. Aspekter av denne analysen vil derfor inneholde normative vurderinger av hvordan rettsregelen kan eller bør være.

I norsk sammenheng er det naturlig å se premissene i Rt. 2012 s. 494 som et utgangspunkt for å vurdere årsakstesten og om den kan overføres til konvensjonsgrunnen religion. Idet HJ og HT kan anses som et sentralt rettsgrunnlag da Høyesterett kom frem til at det vil være riktig å anvende årsakstesten i norsk rett når det gjelder konvensjonsgrunnen seksuell legning, kan den britiske dommen bidra til å si noe om begrunnelsen for metoden som ble lagt til grunn i den norske dommen. Hovedformålet med oppgaven er ikke en domsanalyse, men en nærmere undersøkelse av årsakstesten som er utviklet gjennom rettspraksis.

### 2.1 Forholdet mellom norsk og internasjonal rett

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a skal gjennomføre Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Ordlyden i bestemmelsen i utlendingsloven er i hovedsak sammenfallende med bestemmelsen i Flyktningkonvensjonen.<sup>10</sup>

Når norske rettsanvendere skal tolke utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a gjøres dette etter norsk rettskildelære.

Det dualistiske prinsipp er utgangspunktet for hvordan folkerett gjennomføres i norsk rett, gjennom inkorporasjon eller transformasjon.<sup>11</sup> I tillegg har vi på enkelte områder det som kal-

---

<sup>10</sup> Øyen (2013) side 183



les sektormonisme.<sup>12</sup> Dette gjelder for eksempel på utlendingsrettens område,<sup>13</sup> og medfører at internasjonale regler som Norge er bundet av, og som er til fordel for individet, får umiddelbar virkning i utlendingsretten.<sup>14</sup>

Menneskerettsloven er også av sentral betydning når det er snakk om forholdet mellom norsk og internasjonal rett. Gjennom loven er noen sentrale menneskerettighetskonvensjoner inkorporert i norsk rett og skal gå foran annen lovgivning ved motstrid.<sup>15</sup>

Gjennom Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a sin bakgrunn i Norges folkerettslige forpliktelser, utlendingsloven § 3 og menneskerettsloven §§ 2 og 3, får internasjonale forpliktelser vesentlig betydning når utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a skal tolkes. Etter presumpsjonsprinsippet skal norske bestemmelser tolkes i samsvar med bakenforliggende internasjonale forpliktelser så langt det er mulig.<sup>16</sup>

Fremstillingen vil bygge på en tolkning av Flyktningkonvensjonens bestemmelse etter folkerettslig metode. Formålet med dette kapittelet er å kartlegge de generelle utgangspunktene for tolkningen og prinsipper til bruk i den videre fremstillingen.

## **2.2 Rettskildene for tolkning av Flyktningkonvensjonen**

Tolking av Flyktningkonvensjonen tar utgangspunkt i prinsipper for tolking av internasjonale overenskomster, og metoden for tolkning av Flyktningkonvensjonen som har etablert seg ut i fra dette. De alminnelige tolkningsprinsippene som gjelder for traktattolkning er nedfelt i Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 31 og 32. Tolkningsprinsippene som fremgår her anses i stor grad som folkerettslig sedvane.<sup>17</sup> Det foreligger begrenset omfang av teori om tolkning av Flyktningkonvensjonen.

Det følger av Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 at traktater skal tolkes i god tro («in good faith»), i samsvar med en naturlig forståelse («the ordinary meaning») av ordlyden i sin sammenheng og i lys av konvensjonens formål («object and purpose»).

---

<sup>11</sup> Øyen (2013) side 32

<sup>12</sup> NOU 2004:20 punkt 4.2

<sup>13</sup> Utlendingsloven § 3

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 46

<sup>15</sup> Menneskerettsloven §§2 og 3

<sup>16</sup> Øyen (2013) side 32 note 14

<sup>17</sup> Graver (2003) side 476

### 2.2.1 Ordlyd

Utgangspunktet for tolkningen av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) er en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd.<sup>18</sup> I praksis og juridisk litteratur har det blitt argumentert mot en restriktiv tolkning av ordlyden i Flyktningkonvensjonen.<sup>19</sup> Ordlyden må tolkes i sin sammenheng og etter formålet, og kan ikke ses isolert fra disse.<sup>20</sup>

### 2.2.2 Formål og objekt

Konvensjonsformålet er en sentral rettskilde ved tolkning av Flyktningkonvensjonen. Dette kommer til uttrykk i Wien-konvensjonen og har vist seg gjennom statspraksis. Formålet og objektet til en konvensjon kan blant annet utledes av fortalen, særlig når det gjelder menneskerettighetskonvensjoner.<sup>21</sup>

### 2.2.3 Sammenheng

Konvensjonens sammenheng kan blant annet utledes av ordlyden i bestemmelsene, fortalen og instrumenter som er tilknyttet konvensjonen.<sup>22</sup> Også andre relevante internasjonale regler tas i betraktning ved tolkning av en konvensjon,<sup>23</sup> og kan sies å utgjøre en del av konvensjonens sammenheng.

Ved ratifisering av Flyktningkonvensjonene har konvensjonspartene erkjent at de skal samarbeide med UNHCR og «its duty of supervising the application of the provisions»<sup>24</sup>. For å belyse Flyktningkonvensjonens sammenheng må det derfor legges vekt på UNHCRs publikasjoner.<sup>25</sup> UNHCRs uttalelser er ikke bindende, men uttalelsene tillegges i praksis stor vekt.<sup>26</sup>

Ved anvendelse av Flyktningkonvensjonen bør en tolkning som støttes av konvensjonen i sin helhet og den betydningen som var tilsiktet etterstrebtes: «one is more likely to arrive at the true construction of article 1A(2) by seeking a meaning which makes sense in the light of the Convention as a whole, and the purposes which the framers of the Convention were seeking to achieve, rather than by concentrating exclusively on the language. A broad approach is what is needed, rather than a narrow linguistic approach.»<sup>27</sup>

---

<sup>18</sup> Wien-konvensjonen artikkel 31 nr.1

<sup>19</sup> Hathaway (2005) side 52

<sup>20</sup> Hathaway (2005) side 53

<sup>21</sup> Foster (2007) side 42

<sup>22</sup> Wien-konvensjonen artikkel 31 nr.2

<sup>23</sup> Wien-konvensjonen artikkel 31 nr.3

<sup>24</sup> Flyktningkonvensjonen artikkel 35 nr.1. Øyen (2013) side 42

<sup>25</sup> Ot.prp. nr.75 side 16. Hathaway (2005) side 54

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 75 punkt 5.1.7.

<sup>27</sup> 1 AC 293 side 305

#### 2.2.4 Statspraksis

Partenes enighet vedrørende tolkningen, som kan fremkomme i statspraksis, er en relevant rettskilde.<sup>28</sup> Praksis kan også ha innflytelse på avgjørelser hvis den anses for å gi uttrykk for en riktig tolking.<sup>29</sup> Hvilken vekt statspraksis får vil avhenge av hvor etablert praksisen er. Flyktningkonvensjonen er ikke underlagt noe internasjonalt tilsynsorgan. Utviklingen av konvensjonen må derfor nødvendigvis skje gjennom statspraksis.

Statspraksis anvendes ofte ved tolkning av konvensjonen. Dette fremkommer blant annet i Rt.2012 s.494 og HJ og HT. Både effektivitetshensynet og hensynet til å finne den «internasjonale» betydningen tilsier at statspraksis tillegges vekt.

#### 2.2.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn er formelt sett ikke en rettskilde i folkeretten. Med «reelle hensyn» i norsk rettskildelære menes «vurderinger av resultatets godhet», «om den generelle regel man kommer frem til, er innholdsmessig og retsteknisk god».<sup>30</sup> Det finnes ingen henvisning til reelle hensyn som rettskilde eller tolkningsfaktor, hverken i Wien-konvensjonen eller i ICJs statutter. Likevel er det hevdet at reelle hensyn gjør seg gjeldende i den folkerettslige metoden. Selv om uttrykket «reelle hensyn» ikke anvendes i folkerettslig sammenheng betyr dette «selvsagt ikke i seg selv at betydningen av å komme frem til et godt resultat er mindre relevant i folkeretten.»<sup>31</sup> I denne sammenheng har det blitt hevdet at reelle hensyn kan «være et relevant moment ved tolkning av traktater», særlig med henvisning til Corfu Canel-saken, hvor ICJ la vekt på «elementary considerations of humanity».<sup>32</sup> Det er også eksempler på at domstolen har bygd på «equitable principles».<sup>33</sup>

Rimelighetsbetraktninger «vil i virkeligheten alltid spille en meget vesentlig rolle ved fortolkningen og utfyllingen av de positive kilder.»<sup>34</sup> Det må også antas at «folkeretten ofte nettopp gir anvisning på den løsning som er den rimelige, alle hensyn tatt i betraktning.»<sup>35</sup>

---

<sup>28</sup> Wien-konvensjonen artikkel 31 nr.3

<sup>29</sup> Øyen (2013) side 39

<sup>30</sup> Eckhoff (2001) side 371

<sup>31</sup> Ulfstein (2011) side 79

<sup>32</sup> Ulfstein (2011) side 79

<sup>33</sup> Ulfstein (2011) side 80

<sup>34</sup> Fleischer (2000) side 46

<sup>35</sup> Ibid.

## 2.3 Relevante prinsipper for tolkning av Flyktningkonvensjonen

Det har etablert seg generelle prinsipper for tolkningen av multilaterale traktater, som også gjelder for Flyktningkonvensjonen.<sup>36</sup> Her anvendes ordet «prinsipp» om noe som kan gi føringer for hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn hvor det er flere alternativer.

Det har blitt hevdet at Flyktningkonvensjonen er å anse som en menneskerettighetskonvensjon.<sup>37</sup> Det er lagt til grunn at Flyktningkonvensjonen må anvendes som et levende instrument, i likhet med den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, «in the sense that while its meaning does not change over time, its application will.»<sup>38</sup> Effektivitetsprinsippet tilsier at Flyktningkonvensjonen i tvilstilfelle skal tolkes slik at den oppfyller konvensjonens objekt og formål mest effektivt,<sup>39</sup> og at den tilpasses sin samtidige rettslige sammenheng.<sup>40</sup> En slik forståelse er nå bredt akseptert,<sup>41</sup> og kan også følge av at konvensjonen skal tolkes i god tro.<sup>42</sup> Ved tolkningen bør dermed intensjonene som ble lagt til grunn da konvensjonen ble skapt tas i betraktning, samtidig som det må sikres at konvensjonen virker effektivt innenfor sin nåtidige kontekst.<sup>43</sup> Da det er vanskelig å endre konvensjoner<sup>44</sup> er effektivitetsprinsippet et viktig middel ved tolkningen. Nettopp for å oppfylle menneskerettighetskonvensjoners formål er det vanlig å tolke disse dynamisk.<sup>45</sup> Dette må også gjelde for tolkningen av Flyktningkonvensjonen.

Flyktningdefinisjonen består av vage vilkår som ikke er definert. Det er derfor argumentert for at det er viktig å finne frem til universelle og objektive standarder som kan gi veiledning ved tolkningen. Dette kan bidra til en tolkning av artikkel 1A(2), som i mindre grad avhenger av beslutningstakerens subjektive vurderinger. Internasjonale menneskerettigheter har blitt fremmet som egnet til å skape objektive vurderinger.<sup>46</sup> Det er også anerkjent i statspraksis at retningslinjer for tolkning av flyktningrett må søkes i menneskerettighetsforpliktelser:<sup>47</sup>

---

<sup>36</sup> Damme (2009) side 32, 37

<sup>37</sup> Hathaway (2014) side 64. Foster (2007) side 49, 51. UKHL 15 avsnitt 11

<sup>38</sup> UKHL 15 avsnitt 11 og 6

<sup>39</sup> Fleischer (2000) side 48

<sup>40</sup> Hathaway (2005) side 64

<sup>41</sup> Hathaway (2005) side 62, 64

<sup>42</sup> Hathaway (2005) side 62

<sup>43</sup> Hathaway (2005) side 62

<sup>44</sup> Fleischer (2000) side 25

<sup>45</sup> Ulfstein (2011) side 92

<sup>46</sup> Hathaway (2014) side 193. Foster (2007) side 37 flg.

<sup>47</sup> Hathaway (2005) side 49

«This overreaching and clear human right object and purpose is the background against which interpretation of individual provisions must take place.»<sup>48</sup>

Behovet for å finne frem til en «internasjonal» tolkning har blitt uttalt i rettspraksis, av UN-HCR og viser seg i medlemsstatenes komparative tilnærming til Flyktningkonvensjonen.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> 1 S.C.R. 982 side 1024

<sup>49</sup> Foster (2007) side 36-37

### 3 Flyktningdefinisjonen

For å ta stilling til om årsakstesten som ble lagt til grunn i Rt.2012 s.494 kan anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen religion, vil oppgaven først drøfte det rettslige grunnlaget for metoden – hvordan den er forankret i en tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Fordi årsakstesten har blitt kritisert<sup>50</sup> er det nødvendig å ta stilling til dette som ledd i vurderingen av om årsakstesten kan anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen religion. Det vil derfor bli sett på hva som er begrunnelsen for årsakstesten. For å ta stilling til disse spørsmålene er det hensiktsmessig å begynne med å se på vilkårene i Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), og deretter se på begrunnelsen for årsakstesten slik den kommer til uttrykk i rettspraksis.

Som nevnt i kap. 2 skal utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a gjennomføre definisjonen i Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Ordlyden i den norske bestemmelsen samsvarer i det vesentlige med ordlyden i konvensjonen. Det vil derfor tas utgangspunkt i måten vilkårene er formulert på i den norske bestemmelsen.

#### 3.1 Vilkårene for å anses som flyktning

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a lyder:

«En utlending som er[1] i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

- a) har en [2]velbegrunnet frykt for [3]forfølgelse [4]på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og [5]er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967»

Flyktningdefinisjonen består av fem kumulative vilkår, som illustrert over. Det vil derfor foretas en kort redegjørelse for alle vilkårene, før det vil bli sett nærmere på de vilkårene som er sentrale for å besvare oppgavens problemstilling. Dette gjelder vilkårene «velbegrunnet frykt for forfølgelse» og konvensjonsgrunnene «spesiell sosial gruppe» og «religion».

---

<sup>50</sup> Hathaway (2011)

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a er i samsvar med Flyktningkonvensjonen en rettighetsbestemmelse. Dersom vilkårene for å anses som flyktning er oppfylt har vedkommende «rett til oppholdstillatelse (asyl)».<sup>51</sup>

For å kunne søke asyl i Norge er det en forutsetning at utlendingen er i Norge eller på grensen. I Flyktningkonvensjonen er dette formulert som at vedkommende må være utenfor sin hjemstat. Kravet om å være på norsk grense er en betingelse for å få sin asylsøknad behandlet i Norge.

At det må foreligge en «velbegrunnet frykt for forfølgelse» stiller tre krav. For det først må søkeren ha en subjektiv *frykt*. Dette refererer seg til søkerens følelse og tanker.<sup>52</sup> For det andre må denne frykten være *velbegrunnet*. Det innebærer at frykten må være basert på objektive faktorer.<sup>53</sup> For det tredje må den velbegrunnede frykten gjelde noe som er alvorlig nok til å utgjøre *forfølgelse*.

Den forfølgelsen som fryktes må være «på grunn av» en av konvensjonsgrunnene - «etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning». Dette innebærer et krav om årsakssammenheng og medfører at Flyktningkonvensjonen ikke gir beskyttelse mot forfølgelse som skyldes andre grunner enn de nevnte.<sup>54</sup>

Videre er det et vilkår at vedkommende «er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg hjemlandets beskyttelse». Hvis myndighetene i hjemlandet kan gi tilstrekkelig beskyttelse er det ikke et behov for at et annet land trer inn for å gi den beskyttelsen som skulle vært gitt i hjemlandet.<sup>55</sup>

### 3.1.1 «Velbegrunnet frykt for forfølgelse»

#### 3.1.1.1 «Velbegrunnet frykt»

Det er, som tidligere nevnt, et objektivt og et subjektivt element i kravet om en velbegrunnet frykt. UNHCR uttaler om dette:

---

<sup>51</sup> Utlendingsloven § 28(2)

<sup>52</sup> Einarsen (2000) side 383

<sup>53</sup> Øyen (2013) side 206

<sup>54</sup> Øyen (2013) side 232. Hathaway (2014) side 363

<sup>55</sup> Goodwin-Gill (2007) side 92

«While fear is a subjective emotion, for the purpose of refugee status determination, it must be well-founded, that is, it must have an objective basis. Thus, the term “well-founded fear” contains a subjective element, represented by the applicant’s state of mind to be assessed mainly by evaluating the applicants’ statements, and an objective element, which is to be assessed on the basis of the situation prevailing in his/her country of origin.»<sup>56</sup>

At søkeren skal ha en velbegrunnet frykt innebærer at det ikke er tilstrekkelig å se på søkerens frykt alene. Om frykten er velbegrunnet må vurderes på bakgrunn av kunnskap om forholdene i hjemlandet til søkeren, kombinert med individuelle omstendigheter som er relevante i søkerens sak.<sup>57</sup> Oppfatningen i de fleste statene<sup>58</sup> er at «Fear of persecution without a valid justification is irrational and therefore insufficient to form the basis of an asylum claim.»<sup>59</sup>

Det kan ikke leses ut av ordlyden hvordan forholdet mellom det subjektive og det objektive elementet må være for at vilkåret skal være oppfylt. Kan for eksempel en sterk subjektiv frykt føre til at vilkåret er oppfylt selv om det kun foreligger en liten mulighet for at forfølgelse skal inntre ved retur? Man kan ikke finne et klart svar på dette gjennom praksis eller teori, men i praksis er det vurderingen av det objektive elementet som er mest fremtredende.<sup>60</sup> Ut i fra en naturlig forståelse av ordlyden er det klart at subjektiv frykt ikke er tilstrekkelig i seg selv. Samtidig kan det ikke utelukkes at en overdreven frykt er velgrunnet «hvis sinnstilstanden kan anses som berettiget, alle forhold tatt i betraktning».<sup>61</sup>

Fordi meningen med kravet om velbegrunnet frykt er at de som ikke får beskyttelse mot forfølgelse i sitt hjemland skal kunne søke internasjonal beskyttelse, har det blitt hevdet at vilkåret om velbegrunnet frykt må tolkes «fundamentally objective». Det bør ikke ha betydning for beskyttelsesbehovet om søkeren er modig eller redd.<sup>62</sup> Av Håndboken følger det derimot at også det subjektive elementet må tas i betraktning når det vurderes om det foreligger en velbegrunnet frykt.<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> UNHCR (12/2004) punkt 7

<sup>57</sup> UNHCR Håndbok (1979) (heretter Håndboken) punkt 42. UNHCR (12/2004) punkt 7

<sup>58</sup> Hathaway (2014) side 93

<sup>59</sup> 322 F.3d 477 (2003) side 481

<sup>60</sup> Goodwin-Gill (2007) side 64

<sup>61</sup> Håndboken punkt 38, 41

<sup>62</sup> Hathaway (2014) side 108-109

<sup>63</sup> Håndboken punkt 38



Det kan foreligge en velbegrunnet frykt selv om risikoen for forfølgelse ligger langt under sannsynlighetsovervekt, men en ren teoretisk mulighet er ikke tilstrekkelig.<sup>64</sup> Dette har blitt formulert på ulike måter, blant annet som at frykten er velbegrunnet dersom det er en «real chance» eller en reell risiko for forfølgelse for at frykten kan være velbegrunnet.<sup>65</sup>

### 3.1.1.2 «Forfølgelse»

Det finnes ingen universell definisjon på «forfølgelse». Begrepet er av en slik karakter at det kan omfatte ulike type handlinger. På denne måten er flyktningdefinisjonen fleksibel, slik at den kan omfatte ulike situasjoner hvor det er behov for beskyttelse.<sup>66</sup> Vilkåret om forfølgelse stiller krav om at det som risikeres må være av en viss alvorlighet, og må «enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjøre en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter».<sup>67</sup> Å risikere forfølgelse innebærer også at man ikke får tilstrekkelig beskyttelse av myndighetene i sitt hjemland.<sup>68</sup> Dersom myndighetene gir tilstrekkelig beskyttelse vil det ikke foreligge en risiko for forfølgelse.

Av prinsippet om «non-refoulement» i Flyktningkonvensjonen artikkel 33 kan det utledes at i alle fall trusler mot liv og frihet regnes som forfølgelse.<sup>69</sup> Når det gjelder krenkelser av andre rettigheter enn liv og frihet må det vurderes konkret om det utgjør forfølgelse, blant annet ved å ta i betraktning karakteren av friheten som er truet og alvorligheten av restriksjonene.<sup>70</sup>

Det er ikke bare overgrep forårsaket direkte av andre som kan utgjøre forfølgelse. Det er fremhevet at hvis noe medfører alvorlige psykiske virkninger for individet kan dette også utgjøre forfølgelse i seg selv.<sup>71</sup> Det blir i så fall nødvendig å vurdere hvordan den personen det gjelder vil bli påvirket psykisk, noe som vil medføre at et forhold som er forfølgelse for en, ikke nødvendigvis er det for en annen.

### 3.1.2 Årsakssammenheng og konvensjonsgrunnene

Den fryktede forfølgelsen må som nevnt være «på grunn av» en av konvensjonsgrunnene. Det er kun forfølgelse som har årsak i en eller flere av disse grunnene som Flyktningkonvensjonen

---

<sup>64</sup> Øyen (2013) side 203-204

<sup>65</sup> Øyen (2013) side 204

<sup>66</sup> UNHCR (12/2004) avsnitt 7-8

<sup>67</sup> Utlendingsloven § 29(1) a. Håndboken avsnitt 51

<sup>68</sup> Hathaway (2014) side 185

<sup>69</sup> Håndboken punkt 51

<sup>70</sup> Goodwin-Gill (2007) s. 92

<sup>71</sup> Hathaway (2011) side 358

skal beskytte mot. Kravet til årsakssammenheng innebærer at forfølgelsen må ha et diskriminerende element, og at mer tilfeldige eller ubegrunnede overgrep ikke er beskyttet.<sup>72</sup>

Konvensjonsgrunnene representerer kjennetegn som er ansett for å være beskyttelsesverdige.<sup>73</sup> Grunnen til at det kun er forfølgelse som skyldes en av disse grunnene som er beskyttet, er blant annet at statene ikke ville påta seg et ubegrenset ansvar ved dannelsen av Flyktningkonvensjonen, og at de nevnte gruppene erfaringsmessig hadde blitt forfulgt i størst utstrekning.<sup>74</sup>

Ingen av konvensjonsgrunnene er definert nærmere i konvensjonen.

Rase, religion, nasjonalitet og politisk oppfatning er direkte omfattet av beskyttelsen i sentrale menneskerettighetskonvensjoner.<sup>75</sup> Termen «medlemskap i en spesiell sosial gruppe» er ikke anvendt i andre konvensjoner, men vil ofte omfatte grupper som er beskyttet i internasjonale menneskerettigheter. Internasjonale menneskerettigheter blir anvendt ved tolkning av konvensjonsgrunnene både i statspraksis og teori.<sup>76</sup>

Et sentralt fellestrekk ved konvensjonsgrunnene er den grunnleggende betydningen karakteristikken og de bakenforliggende menneskerettighetene har for individet. Samtlige av konvensjonsgrunnene har i større eller mindre grad utviklet seg i lys av prinsippet om ikke-diskriminering, og sammenhengen mellom ikke-diskrimineringsprinsippet og konvensjonsgrunnene er anerkjent i praksis.<sup>77</sup> Konvensjonsgrunnene gir uttrykk for «fundamental socio-political disfranchisement defined by reference to core norms of non-discrimination law.»<sup>78</sup>

I fortalen til Flyktningkonvensjonen vises det til at FN har etterstrebet å sikre flyktninger grunnleggende rettigheter og friheter som fremkommer i FN-pakten og menneskerettighetserklæringen, som skal tilgodese alle mennesker uten noen form for diskriminering.<sup>79</sup>

Formålet med artikkel 1A(2) er å gi beskyttelse til de som har behov for det på grunn av forhold som er av så grunnleggende verdi for individet at det ikke kan forventes at han eller hun

---

<sup>72</sup> Øyen (2013) side 232

<sup>73</sup> Goodwin-Gill (2007) side 92

<sup>74</sup> Øyen (2013) side 232. Hathaway (2014) side 362-363. Einarsen (2000) side 328-329

<sup>75</sup> Einarsen (2000) side 355

<sup>76</sup> Se for eksempel Goodwin-Gill (2007) side 71. Øyen (2013) side 235-236. Foster (2007) side 67

<sup>77</sup> Goodwin-Gill (2007) side 70. Hathaway (2014) side 390-391

<sup>78</sup> Hathaway (2014) side 391

<sup>79</sup> Fortalen avsnitt 2-3

skal gi avkall på det.<sup>80</sup> Ved vurderingen av hva som kan karakteriseres som så grunnleggende for et individ kan de underliggende menneskerettighetene og prinsippet om ikke-diskriminering gi veiledning. Ved tolkningen av hva som er beskyttet under de ulike konvensjonsgrunnene bør man derfor ta i betraktning Flyktningkonvensjonens menneskerettslige kontekst.<sup>81</sup> Dette har blant annet blitt fremhevet i Canada (Attorney-General) v. Ward (heretter Ward) hvor det uttales at man ved tolkningen av konvensjonsgrunnene må se hen til «the general underlying themes of the defense of human rights and anti-discrimination that form the basis for the international refugee protection initiative».<sup>82</sup>

### 3.1.2.1 «Religion»

Religionsfriheten er en av de grunnleggende internasjonale menneskerettighetene. Derfor kan blant annet menneskerettighetserklæringen artikkel 18, SP artikkel 18 og 27, og kommentarer fra menneskerettighetskomiteen utgjøre nyttige midler ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen:

«These international human rights standards provide guidance in defining the term ‘religion’ also in the context of international refugee law, against which action taken by States to restrict or prohibit certain practices can be examined.»<sup>83</sup>

Menneskerettighetserklæringen og den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter stadfester rett til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet: «Religionsfrihet omfatter en persons rett til fritt å bytte religion, samt frihet til å gi uttrykk for den offentlig eller privat, gjennom undervisning, utøvelse, tilbedelse og ritualer.»<sup>84</sup>

Disse bestemmelsene, og andre internasjonale instrumenter som sier noe om religion indikerer hvilke interesser som er beskyttet under konvensjonsgrunnen.<sup>85</sup>

Religion kan være en mer eller mindre viktig del av en persons liv:

«For some individuals, ‘religion’ is a vital aspect of their ‘way of life’ and how they relate, either completely or partially, to the world. Their religion may manifest itself in such activities as the wearing of distinctive clothing or observance of particular reli-

---

<sup>80</sup> Rt. 2012 s. 495 avsnitt 36

<sup>81</sup> Einarsen (2000) side 355

<sup>82</sup> [1993] 2 S.C.R. 689 side 7

<sup>83</sup> HCR/GIP/04/06 avsnitt 2

<sup>84</sup> Håndboken avsnitt 71

<sup>85</sup> Goodwin-Gill (2007) side 72

gious practices. ...Such practices may seem trivial to non-adherents, but may be at the core of the religion for the adherent concerned.»<sup>86</sup>

Religionsbegrepet i Flyktningkonvensjonen skal i samsvar med dette tolkes bredt.<sup>87</sup> Den grunnleggende karakteren religion kan ha for et menneskes identitet medfører at religion, i likhet med de andre konvensjonsgrunnene, er noe som ingen burde måtte skjule for å unngå forfølgelse.<sup>88</sup>

### 3.1.2.2 *Homofile som medlemmer i en «spesiell sosial gruppe»*

«Spesiell sosial gruppe» er en mer ubestemt klassifisering enn de øvrige konvensjonsgrunnene. Denne konvensjonsgrunnen har derfor skapt flere tolkningsspørsmål enn for eksempel «religion», som blant annet SP og menneskerettighetserklæringen gir gode rammer for å tolke.

En vurdering av hva som utgjør en «spesiell sosial gruppe» er imidlertid ikke nødvendig for å ta stilling til oppgavens problemstilling, da det lenge har vært anerkjent at homofile tilhører en spesiell sosial gruppe.<sup>89</sup> Det som er av interesse for oppgaven er begrunnelser for hvorfor homofile anses for å tilhøre en spesiell sosial gruppe.

Det nevnes at også øvrige seksuelle orienteringer er beskyttet som spesielle sosiale grupper. Dette er i overensstemmelse med ikke-diskrimineringsprinsippet som er bakgrunnen for konvensjonsgrunnen «since it is well accepted that gender identity is ‘recognized as among the prohibited grounds of discrimination’ at international law, and includes persons who are ‘transgender, transsexual or intersex.’»<sup>90</sup>

En rett til ikke å bli diskriminert på grunn av sin seksuelle orientering følger ikke direkte av ordlyden i de mest sentrale menneskerettighetskonvensjonene, men det er anerkjent at internasjonale menneskerettigheter forbyr forskjellsbehandling på dette grunnlaget. Når det søkes om asyl på grunnlag av seksuell orientering må konvensjonen derfor tolkes i lys av internasjonale menneskerettigheter, herunder forbudet mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering.<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> Ibid. avsnitt 8

<sup>87</sup> HCR/GIP/04/06 avsnitt 4. Hathaway (2014) side 400

<sup>88</sup> HCR/GIP/04/06 avsnitt 13

<sup>89</sup> Hathaway (2014) side 442, HJ og HT avsnitt 10

<sup>90</sup> Hathaway (2014) side 444

<sup>91</sup> HCR/GIP/12/09 avsnitt 6

Det er hevdet at det følger av prinsippet om ikke-diskriminering at homofile er beskyttet som en spesiell sosial gruppe fordi de har den samme retten til å leve uten frykt for forfølgelse som heterofile.<sup>92</sup>

Det legges til grunn i en rekke medlemsstater at «sexual orientation is *either* an innate or unchangeable characteristic *or* a characteristic so fundamental to identity or human dignity that it ought not be required to be changed.»<sup>93</sup> Homofile er derfor å anse som beskyttet som medlemmer i en spesiell sosial gruppe uavhengig av om man anser legningen som noe uforanderlig eller ikke.

---

<sup>92</sup> HJ og HT avsnitt 76. Hathaway (2014) side 444

<sup>93</sup> Hathaway (2014) side 443

## 4 Årsakstesten

Årsakstesten gir anvisning på at en søker som ved retur risiker forfølgelse hvis vedkommende hadde levd åpent, har en «velbegrunnet frykt for forfølgelse», dersom vedkommende vil skjule sin legning på grunn av frykten for forfølgelse. I Rt.2012 s.494 ble årsakstesten lagt til grunn, som oppstilt i HJ og HT. I dette kapitlet vil det redegjøres for årsakstesten og undersøkes hva som er begrunnelsen for årsakstesten.

Det kan være nyttig å vite noe om rettsutviklingen og rettstilstanden i forkant av årsakstesten, når man skal se på dommene. Oppfatningen i noen jurisdiksjoner var tidligere at søkeren hadde en *plikt* til å skjule sin legning for å unngå forfølgelsen, fordi det er *mulig* å skjule legning (i likhet med religion). Derfor ble asylsøknader med seksuell orientering som grunnlag, tidligere avvist med den begrunnelse at vilkåret om «velbegrunnet frykt» ikke var oppfylt når det med rimelighet kunne forventes at søkeren skulle være diskret for å unngå forfølgelsen.<sup>94</sup>

Et slikt *krav* om diskresjon, ble deretter avvist som irrelevant for å vurdere om søkeren hadde en velbegrunnet frykt. Begrunnelsen var hovedsakelig at et krav om diskresjon undergraver konvensjonens formål.<sup>95</sup>

Det ble så tatt i bruk en egen test for å vurdere beskyttelsesbehovet til de som ut i fra sakens faktiske opplysninger, *ville ta valget* om å skjule sin legning ved retur til hjemlandet. Spørsmålet som skulle stilles var «whether the applicant could reasonably be expected to tolerate the need for discretion on return» (heretter omtalt som diskresjonstesten).<sup>96</sup>

I HJ og HT ble diskresjonstesten avvist. Retten la til grunn årsakstesten som den riktige metoden for å vurdere beskyttelsesbehovet til søkere som vil skjule legningen sin ved retur til hjemlandet. Årsakstesten kan deles inn i fire trinn:

1. Først skal det vurderes om det er sannsynliggjort at søkeren er homofil, eller om søkeren vil bli oppfattet som homofil av eventuelle forfølgere i hjemlandet sitt.
2. Deretter må det tas stilling til om de som lever åpent som homofile i hjemlandet risikerer forfølgelse.
3. Hvis dette er tilfellet må det vurderes hvordan søkeren vil opptre ved en eventuell retur. Hvis en kommer til at søkeren vil leve åpent med sin legning og dermed vil stå

---

<sup>94</sup> Hathaway (2011) side 325. Dauvergne (2003) side 98-99

<sup>95</sup> Hathaway (2011) side 327-328

<sup>96</sup> HJ og HT avsnitt 7

overfor en reell risiko for forfølgelse, har vedkommende en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Dette gjelder uavhengig av om søkeren har muligheten til å unngå risikoen ved å opptre diskret.

4. Dersom man finner at søkeren derimot vil opptre diskret og således unngå forfølgelse, skal det vurderes hva som er årsaken til at søkeren vil opptre slik. Hvis det finnes sannsynliggjort at søkeren vil opptre diskret på grunn av sosialt press eller fordi det er slik vedkommende faktisk ønsker å leve, foreligger det ikke en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Hvis man derimot kommer til at frykten for forfølgelse er en vesentlig («material») årsak til søkerens diskresjon, har søkeren en velbegrunnet frykt for forfølgelse.<sup>97</sup>

Del 1 – 3 i årsakstesten bygger på gjeldende rett, også når det gjelder de øvrige konvensjonsgrunnene.<sup>98</sup> Det er del fire som er omtvistet og som her er gjenstand for vurdering. Hvordan mener UKSC og Høyesterett at man kan ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse når man vil unngå forfølgelseshandlinger ved å skjule sin legning? Hvorfor avhenger beskyttelsesbehovet av årsaken til at søkeren vil skjule sin legning?

#### **4.1 Rt. 2012 s. 494**

Saken gjaldt en søker fra Irak som anførte at han hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av sin homofile legning. Lagmannsretten fant at søkeren kom til å leve diskret med sin legning fordi han ville tilpasse seg sosiokulturelle normer, og dermed at han ikke hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse.<sup>99</sup>

Spørsmålet for Høyesterett var hvilken betydning det skulle ha for beskyttelsesbehovet at homofile vil kunne unngå forfølgelse ved retur «hvis de holder seg innenfor de rådende religiøse og kulturelle normene i Irak».<sup>100</sup> Høyesterett kom enstemmig til at årsakstesten, som oppstilt i HJ og HT, måtte legges til grunn for vurderingen.<sup>101</sup>

Etter innledningsvis å ha konstatert at homofile tilhører en spesiell sosial gruppe og at homofile risikerer forfølges i Irak (årsakstesten del 2), vurderer Høyesterett det omstridte spørsmålet i saken.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> HJ og HT avsnitt 82, Rt.2012 s.494 avsnitt 40 og 57

<sup>98</sup> Hathaway (2014) side 260 flg, 392-394

<sup>99</sup> Rt.2012 s.494 avsnitt 20

<sup>100</sup> Ibid. avsnitt 32

<sup>101</sup> Ibid. avsnitt 56

<sup>102</sup> Ibid. avsnitt 30-32

Retten begynner med å se på Flyktningkonvensjonens ordlyd og formål. Førstvoterende peker på at «forfølgelse» innebærer et krav om at det er alvorlige overgrep som fryktes, og at sosiale sanksjoner i utgangspunktet ikke er forfølgelse. Han uttaler at formålet med konvensjonen «er å beskytte de som har behov for det, mot forfølgelse på grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende at de ikke kan eller kan forventes å ville oppgi dem».

Ut i fra ordlyden og formålet konstaterer retten en tolkning som er ansett som gjeldende rett - at beskyttelse ikke kan nektes under henvisning til at søkeren «kan oppgi sin homofile identitet i hjemlandet, og slik unngå forfølgelse.»<sup>103</sup> Dette gjelder altså tilfellet hvor man ut i fra sakens opplysninger kommer til at søkeren faktisk ikke vil ta steg for å unngå forfølgelsen.

Førstvoterende stiller så spørsmålet om en søker «som ut fra de faktiske opplysningene i saken må forventes å ville skjule sin seksuelle legning ved retur, har krav på beskyttelse». Han viser til at ordlyden og formålet, tilsier at det skal legges «vekt på hva som er grunnen til at søkeren vil holde sin legning skjult». Retten mener det følger av at det ikke kan forutsettes at en søker skal skjule sin legning, at kravet til en velbegrunnet frykt for forfølgelse er oppfylt dersom årsaken er frykt for alvorlige overgrep. Det foreligger derimot ikke en velbegrunnet frykt for forfølgelse dersom søkeren uansett ville holdt sin legning skjult, for eksempel på grunn av sosialt press.<sup>104</sup>

Høyesterett uttrykker at metoden oppstilt i HJ og HT er den samme forståelsen som konvensjonens ordlyd og formål tilsier.<sup>105</sup>

Etter en gjennomgang av statspraksis konstaterer retten at metoden legges til grunn i svensk og finsk praksis,<sup>106</sup> men at metoden ikke gir uttrykk for festnet statspraksis. Likevel synes utviklingen å gå i retning av tilnærmingen i HJ og HT.<sup>107</sup>

Høyesterett kommer frem til at det samlede rettskildebildet taler for «å nærme seg spørsmålet i det vesentlige på samme måte som det gis anvisning på i den britiske høyesterettsdommen.» Retten viser til det som er utledet av ordlyden og formålet til Flyktningkonvensjonen. Det

---

<sup>103</sup> Ibid. avsnitt 35-37

<sup>104</sup> Ibid. avsnitt 38-39

<sup>105</sup> Ibid. avsnitt 41

<sup>106</sup> Ibid. avsnitt 48

<sup>107</sup> Ibid. avsnitt 51



legges også vekt på praksis fra Finland og Sverige, samt at UDI har foreslått en praksisendring på bakgrunn av HJ og HT, som synes fulgt av UNE.<sup>108</sup>

Da lagmannsretten ikke hadde vurdert årsaken til at søkeren ville holde sin legning skjult ved retur, opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom.<sup>109</sup>

#### 4.1.1 Sammenfatning av rettsanvendelsen til Høyesterett

Høyesterett synes å legge avgjørende vekt på at årsakstesten er best i samsvar med Flyktningkonvensjonens ordlyd lest i lys av formålet. At man ikke kan kreve at en søker skal skjule sin legning for å unngå forfølgelse, medfører at retten anser årsaken til diskresjonen relevant. Førstvoterende uttaler at metoden som ble oppstilt i HJ og HT i hovedsak er «slik jeg med utgangspunkt i konvensjonens ordlyd og formål allerede har gitt uttrykk for at den er nærliggende å forstå.»<sup>110</sup>

Høyesteretts tolkning av Flyktningkonvensjonens vilkår og begrunnelse utover dette, fremstår imidlertid som knapp. Som rettskildegrunnlag for Høyesterett, kan derfor dommen i HJ og HT likevel kaste lys over begrunnelsen av testen som legges til grunn. HJ og HT kan også fremheve eventuelt andre faktorer som kan brukes til å besvare oppgavens problemstilling. For dette formål vil det foretas en gjennomgang av HJ og HT.

## 4.2 HJ og HT

Spørsmålet for britisk høyesterett (UKSC) i saken HJ (Iran) & HT (Cameroon) var hvorvidt vurderingsmodellen lagt til grunn i Asylum and Immigrations Tribunals (Tribunalen) vurdering av sakene, var bygget på en riktig tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Court of Appeals hadde enstemmig kommet frem til at Tribunalen hadde lagt riktig test til grunn for vurdering av hvorvidt asylsøkerne HJ og HT hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til henholdsvis Iran og Kamerun. Dersom de ville skjule sin legning, måtte beskyttelsesbehovet vurderes etter diskresjonstesten, som angitt over. HJ anførte at det vil stride mot en naturlig forståelse av flyktningdefinisjonens ordlyd, formål og objekt å nekte beskyttelse når dette medførte at søkeren måtte undertrykke den beskyttede identiteten for å unngå forfølgelse. HT anførte at det ikke burde kreves at søkeren viser at det ikke er «reasonably tolerable» for han å skjule sin identitet. referanser

---

<sup>108</sup> Ibid. avsnitt 56

<sup>109</sup> Ibid. avsnitt 62

<sup>110</sup> Ibid. avsnitt 41

Dommerne i HJ & HT, Lord Hope (president), Lord Rodger, Lord Walker, Lord Collins og Sir John Dyson SCJ, kom enstemmig frem til at diskresjonstesten var basert på en uriktig tolkning av vilkårene i artikkel 1A. Årsakstesten, som beskrevet over, fremgår av votumet til Lord Roger. De øvrige fire dommerne sluttet seg til denne vurderingsmodellen, men gir i tillegg uttrykk for egne betraktninger om hvorfor testen er den riktige, og hvorfor diskresjonstesten må fravikes.

Spørsmålet i det følgende er hvordan UKSC begrunner testen. Idet testen slik den fremkommer av Lord Rogers votum også legges til grunn av Høyesterett i Rt. 2012 s. 494, vil det i det videre tas utgangspunkt i Lord Rogers votum for å finne UKSCs begrunnelse. De øvrige dommernes votum kan i denne forbindelse også være av interesse i den grad de bidrar til å belyse testens begrunnelse.

Lord Roger redegjør innledningsvis for diskresjonstesten, som ble lagt til grunn av Tribunalen i sakene til HJ og HT, og anerkjent av Court of Appeals.<sup>111</sup> Han ser hen til begrunnelsen for testen, som beskrevet over. Han merker seg at underinstansen, i begrunnelsen for diskresjonstesten, anvendte seg av definisjonen av forfølgelse som uttrykt i Appellant S395/2002 v Minister for Immigration fra High Court of Australia (heretter S395):<sup>112</sup>

«Whatever form the harm takes, it will constitute persecution only if, by reason of its intensity or duration, the person persecuted cannot reasonably be expected to tolerate it.»

Dette var grunnen til at Court of Appeals anerkjente testen om at det bare vil utgjøre forfølgelse hvis personen «cannot reasonably be expected to tolerate» diskresjonen.

I vurderingen av de ankende partenes anførsel om at diskresjonstesten er uforenelig med flyktningdefinisjonen i artikkel 1A(2), ser Lord Roger først på konvensjonens underliggende begrunnelse (”rationale”). Lord Rodger viser til konvensjonens formål om at internasjonal beskyttelse skal tre inn som et surrogat når hjemstaten ikke gir den beskyttelsen mot forfølgelse som er forventet. Lord Rodger synes deretter å tolke formålet om surrogatbeskyttelse for å finne frem til den underliggende begrunnelsen for den internasjonale beskyttelsen, som han mener har betydning («permeates») ved tolkning av alle vilkårene. Fordi hjemstaten skulle beskyttet søkerne mot forfølgelse på grunn av en av de beskyttede interessene, men isteden tillater eller oppfordrer til forfølgelsen, utleder han konvensjonens underliggende begrunnel-

---

<sup>111</sup> HJ og HT avsnitt 43-49

<sup>112</sup> Ibid. avsnitt 47-48

se: at mennesker skal kunne leve fritt uten frykt for forfølgelse fordi man er homofil, eller annet som omfattes av konvensjonsgrunnene. Han sier at konvensjonsstatene gir søkeren muligheten til dette ved å gi beskyttelse som et surrogat for den beskyttelsen hjemstaten skulle ha gitt.<sup>113</sup>

Lord Rodger ser så på hva som skiller den som ikke vil opptre diskret for å unngå forfølgelse og den som vil opptre diskret for å unngå forfølgelse. Han viser til prinsippet om at stater ikke kan kreve at søkeren modifiserer sin atferd for å unngå forfølgelse, som allerede var etablert i praksis. For den aktuelle problemstillingen, påpeker Lord Rodger at et krav om å måtte skjule den samme interessen konvensjonen skal beskytte, vil undergrave konvensjonens formål.<sup>114</sup>

Som utgangspunkt for vurderingen av om en kan ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse hvis man skjuler sin legning, drøfter Lord Rodger vilkåret om årsakssammenheng. Han tar utgangspunkt i at en som vil stå overfor forfølgelse i realiteten ikke vil ha noe valg, han vil være tvunget til å opptre diskret. Det er altså forfølgelsen som er årsaken til at søkeren vil skjule sin legning. Dermed presiseres problemstillingen: kan en som vil *måtte* skjule sin legning for å unngå forfølgelse anses som flyktning?<sup>115</sup>

Lord Rodger avgrenser så mot reaksjoner som ikke utgjør «forfølgelse». Han påpeker at det kan være andre årsaker til at noen vil skjule sin legning enn frykten for forfølgelse. Konvensjonen beskytter ikke mot sosialt press, fordi det ikke kan utgjøre «forfølgelse». Derfor vil man ikke kunne få beskyttelse hvis dette er årsaken til at en velger å skjule sin legning. Å skjule sin legning av slike årsaker medfører i følge Lord Rodger at søkeren vil velge et liv som gjør at han ikke har en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Han påpeker imidlertid at årsaken til diskresjon kan være sammensatt.

Lord Rodger utleder fra dette at det er nødvendig å spørre hvorvidt frykten for forfølgelse er en sentral årsak («material reason») til at søkeren vil skjule sin legning, eller ikke.<sup>116</sup>

Lord Rodger ser deretter konkret på spørsmålet om søkeren vil ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse når han faktisk ikke vil bli utsatt for «actual harm». Han viser til konvensjonens underliggende begrunnelse, som tidligere utledet av konvensjonens formål – at homofile

---

<sup>113</sup> Ibid. avsnitt 52-53

<sup>114</sup> Ibid. avsnitt 54-56

<sup>115</sup> Ibid. avsnitt 59

<sup>116</sup> Ibid. avsnitt 61-62

«should be able to live freely and openly as gay men and lesbian women, without fearing that they may suffer harm of the requisite intensity or duration because they are gay or lesbian.»<sup>117</sup>

Han peker videre på konvensjonens overordnede formål, at den skal fungere som surrogatbeskyttelse. Fra formålet utleder han at det utgjør manglende beskyttelse når søkerne ikke vil ha mulighet til å leve åpent, slik den underliggende begrunnelsen tilsier. Denne manglende beskyttelsen medfører tvungen diskresjon, på grunn av trusselen om at de ellers vil bli forfulgt. Fordi hjemstaten ikke gir nødvendige beskyttelsen, burde søkeren få beskyttelse etter konvensjonen. Han poengterer at søkerens diskresjon ikke endrer på det faktum at hjemstaten ikke gir tilstrekkelig beskyttelsen. Diskresjon på grunn av frykt for forfølgelse er derimot et bevis på at det foreligger en faktisk trussel om forfølgelse for homofile som lever åpent.<sup>118</sup>

Deretter ser Lord Rodger på hvordan trusselen om forfølgelse ble knyttet til søkerens diskresjon i S395: «the well-founded fear of persecution held by the applicant is the fear that, unless that person acts to avoid the harmful conduct, he or she will suffer harm». Derfor ble det i S395 lagt til grunn at man må spørre hvorfor søkeren vil leve diskret. Det er altså trusselen om «serious harm» som utgjør forfølgelseshandlingen. Fra resonnementet i S395 utleder Lord Rodger at tribunalen skulle ha vurdert om konsekvensene av å leve åpent som homofil var tilstrekkelig for å si at søkerens frykt for forfølgelse var «velbegrunnet».<sup>119</sup>

Lord Rodger vurderer så riktigheten av diskresjonstesten. Han avviser testen og påpeker at den «seem to require the applicant to establish a form of secondary persecution brought on by his own actions in response to the primary persecution.» Han anser testens utgangspunkt for uholdbart – den tar utgangspunkt i at noen søkere vil finne det «reasonably tolerable» å skjule sin legning for å unngå forfølgelse i det uendelige.

Han viser videre til at seksuell legning, som beskyttet under «spesiell sosial gruppe», «is **either** an innate or unchangeable characteristic **or** a characteristic so fundamental to identity or human dignity that it ought not be required to be changed». Fordi diskresjonstesten krever at søkeren skjuler karakteristikken som er grunnlaget for «his claim of persecution», mener Lord Rodger at testen er uforenelig med konvensjonens bakenforliggende formål. Videre viser han til at det ikke er noen legitim, objektiv standard for å vurdere om en person kan forventes å tåle å skjule sin legning i det uendelige.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Ibid. avsnitt 64-65

<sup>118</sup> Ibid. avsnitt 65

<sup>119</sup> Ibid. avsnitt 66-68

<sup>120</sup> Ibid. avsnitt 73-80

Lord Rodger konkluderer derfor med at diskresjonstesten er «wrong in principle, unworkable and inconsistent with the way that article 1A(2) of the Convention has been interpreted and applied in other authorities.» Han fastslår at S395 ble tolket feil av underinstansen.<sup>121</sup> Han avslutter med å beskrive testen som skal legges til grunn, årsakstesten.

#### 4.2.1 Sammenfatning av rettsanvendelsen til UKSC

Ved å fravike diskresjonstesten foretar UKSC en endring i rettstilstanden. Istedenfor å stille spørsmålet om det å leve diskret i seg selv utgjør forfølgelse, skal det spørres hvorfor søkeren vil leve diskret ved retur. Det er reaksjonene søkeren risikerer dersom vedkommende lever åpent som utgjør forfølgelsen. Dette er reaksjoner som ikke vil inntreffe, som følge av søkerens diskresjon. Det foreligger altså ikke en reell risiko for at reaksjonene vil manifestere seg. UKSC har derfor foretatt en utvidende tolkning av flyktningdefinisjonens vilkår om «velbegrunnet frykt for forfølgelse», i forhold til hvordan vilkåret tradisjonelt har blitt tolket.

Lord Rodgers begrunnelse for å avvise diskresjonstesten, den underliggende begrunnelsen, formålet om surrogatbeskyttelse og at søkerens handlinger må utgjøre en sekundær forfølgelse,<sup>122</sup> synes også å tjene som begrunnelse for årsakstesten.

Retten kommer frem til årsakstesten ved å vurdere vilkårene om velbegrunnet frykt for forfølgelse og kravet om årsakssammenheng med konvensjonsgrunnen spesiell sosial gruppe. Årsaken til at søkeren skjuler sin legning knytter seg til spørsmålet om frykten gjelder forfølgelse og om årsakssammenhengen er oppfylt. Det som gjør frykten velbegrunnet er *trusselen* om at forfølgelsen *vil* inntreffe dersom søkeren ikke opptrer diskret. Det må derfor tas stilling til om reaksjonene ved å leve åpent er alvorlige nok til å utgjøre forfølgelse.

Retten benytter seg tilsynelatende av effektivitetsprinsippet, for å komme frem til at diskresjonstesten ikke er forenelig med artikkel 1A(2), og at årsakstesten gir den riktige vurderingen. Formålet til konvensjonen og begrunnelsen for at homofile er beskyttet tolkes bredt ved hjelp konvensjonens bakgrunn i prinsippet om ikke-diskriminering.

---

<sup>121</sup> Ibid. avsnitt 81

<sup>122</sup> Ibid. avsnitt 75

## **5 Kan årsakstesten anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen «religion»?**

### **5.1 Vurdering av årsakstestens rettslige forankring**

På bakgrunn av gjennomgangen av begrunnelsen for årsakstesten kan det foretas en vurdering av dens forankring i en tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Det vil bli fokusert på en tolkning av vilkårene som er mest sentrale for en vurdering av årsakstesten. Aspekter som relaterer seg til diskresjonstesten vil komme inn i den grad det kan ha innvirkning på vurderingen av årsakstesten. Dersom årsakstesten kan sies å gi uttrykk for en god tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2), er det videre grunn til å vurdere om metoden også bør anvendes på konvensjonsgrunnen religion. Kan årsakstesten forvares ut i fra gjeldende metode for tolkning av Flyktningkonvensjonen?

#### **5.1.1 «Velbegrunnet frykt for forfølgelse»**

Som tidligere nevnt har vilkåret om at frykten for forfølgelse skal være «velbegrunnet» tradisjonelt blitt tolket som å stille krav om at det skal foreligge en reell risiko for at forfølgelsen materialiserer seg. Når en søker vil skjule sin legning for å unngå forfølgelse er det nærliggende å si at det foreligger en subjektiv frykt. En reell risiko for at den ytre forfølgelsen vil inntreffe foreligger derimot ikke, dersom søkeren vil unngå den ytre forfølgelsen ved å holde sin legning skjult. Fordi subjektiv frykt ikke er tilstrekkelig, må det vurderes om frykten likevel kan sies å være velbegrunnet. For å ta stilling til om frykten for forfølgelse er velbegrunnet er det nødvendig å fastslå hva som utgjør den aktuelle forfølgelsen.

I henhold til diskresjonstesten foreligger det en velbegrunnet frykt for forfølgelse, dersom det ikke er «reasonably tolerable» for søkeren å skjule sin legning. Etter diskresjonstesten er det som tidligere nevnt, diskresjonen i seg selv, virkningen av å skjule sin legning som er den aktuelle forfølgelsen. Spørsmålet er da om diskresjonen, med de konsekvenser det har, vil være alvorlig nok for søkeren til å utgjøre forfølgelse. Dersom dette besvares bekreftende, foreligger det en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Etter årsakstesten skal det derimot ikke foretas en vurdering av om det er «reasonably tolerable» for søkeren å skjule sin legning. Vilkåret om at frykten skal være velbegrunnet er i stedet oppfylt ved objektivt konstaterbare forhold, nemlig den risikoen som foreligger dersom søkeren lever åpent som homofil. Det er reaksjonene søkeren ville møtt hvis han levde åpent som utgjør forfølgelsen.

Årsakstesten del 5 bygger på at den ytre objektivt konstaterbare risikoen faktisk ikke vil realisere seg som følge av søkerens diskresjon. Dermed kan det ikke foreligge en reell risiko for at søkeren vil bli utsatt for forfølgelse. Som tidligere nevnt har «velbegrunnet» tradisjonelt blitt tolket som å innebære et krav om at det skal foreligge en reell risiko for at forfølgelsen inntrer. Derfor kan man si at det i HJ og HT og i Rt. 2012 s. 494 ble foretatt en utvidende tolkning av vilkåret om at frykten skal være «velbegrunnet».

Fordi det ikke foreligger en reell risiko for at søkeren vil bli utsatt for den ytre forfølgelsen, har årsakstesten blitt kritisert. Hathaway og Pobjoy har pekt på «the courts' misapplication of the 'well-founded fear' test, failure accurately to identify the relevant risk of being persecuted.»<sup>123</sup> De stiller spørsmålet:

«Only persons able to show a forward-looking risk of persecutory harm can establish a 'well-founded fear,' and hence qualify as refugee. But if prudence means that the risk would, in fact, never accrue, how can the fear of being persecuted be said to be 'well-founded' in objective terms?»<sup>124</sup>

Hathaway mener at retten i HJ og HT og i S395/2002 ikke identifiserte *risikoen for forfølgelse* som *faktisk ville møte* søkerne ved retur, ettersom det ble lagt til grunn at de ville skjule sin legning og dermed ikke ville bli oppdaget av myndighetene eller andre.<sup>125</sup> Hathaway mener derfor at Lord Rodger trekker en slutning som ikke kan begrunnes:

«Indeed, Lord Rodger appears to treat the applicant's subjective motives as dispositive of the 'well-founded fear' requirement, drawing a direct and unqualified link between the applicant's subjective motive and satisfaction of the well-founded fear requirement. ... [His] reasoning suggests that, where the threat of exogenous harm motivates an applicant to be discreet, there is of necessity a well-founded fear of that exogenous harm occurring. But the reality is precisely the opposite since the modification of behavior will, in most cases, obviate the risk.»<sup>126</sup>

Hathaway gir imidlertid uttrykk for at resultatet i HJ og HT kan være riktig, ved å «define the harm as the psychological harm occasioned by the modification of behaviour.»<sup>127</sup> Hathaway argumenterer derfor for en vurdering av beskyttelsesbehovet som tilsvarer diskresjonstesten.

---

<sup>123</sup> Hathaway (2011) side 387

<sup>124</sup> Hathaway (2011) side 331

<sup>125</sup> Hathaway (2011) side 332

<sup>126</sup> Hathaway (2011) side 343

<sup>127</sup> Hathaway (2011) side 352

Lord Rodger avviser Secretary of State sin anførsel om at det ikke kan foreligge en velbegrunnet frykt når søkeren ikke vil bli utsatt for «actual harm».<sup>128</sup> Dette gjør han ved å vise til Flyktningkonvensjonens underliggende begrunnelse og formålet om surrogatbeskyttelse. Da disse to aspektene er sentrale ved begrunnelsen av årsakstesten, vil bruken av disse drøftes nærmere her.

Den underliggende begrunnelsen har Lord Rodger tidligere funnet ved en tolkning av formålet om surrogat beskyttelse:

«...it proceeds on the basis that, so far from permitting or encouraging its agents to persecute the applicant for one of the protected grounds, the home state should have protected him from any persecution on that ground. The underlying rationale of the Convention is therefore that people should be able to live freely, without fearing that they may suffer harm of the requisite intensity or duration because they are ... gay. In absence of any indications to the contrary, the implication is that they must be free to live openly in this way without fear of persecution.»<sup>129</sup>

Grunnen til at Lord Roder finner frem til konvensjonens underliggende begrunnelse, fremkommer av hans sitering fra Ward, som også har blitt anerkjent i senere dommer.<sup>130</sup> Her ble det uttalt: «...it is useful to explore the underlying rational of the international refugee protection regime, for this permeates the interpretation of the various terms requiring examination.»

Betydningen av den underliggende begrunnelsen til Flyktningkonvensjonen ved tolkningen av vilkårene, kan sies å følge av at det skal ses hen til partenes intensjoner, som nevnt i kap. 2.3. Videre er den underliggende begrunnelsen Lord Rodger finner frem til nært knyttet til konvensjonens formål om surrogatbeskyttelse.

Det har imidlertid blitt reist spørsmål om årsakstesten bygger på en for vidtgående tolkning av Flyktningkonvensjonens formål, som kan sies å gå utover konvensjonens tiltenkte formål og avgrensning. Lord Rodger synes å legge stor vekt på muligheten til å leve fritt og åpent som homofil uten frykt for forfølgelse.<sup>131</sup> Noen vil mene<sup>132</sup> at dette er en for vidtgående formulering av konvensjonens underliggende begrunnelse.

---

<sup>128</sup> HJ og HT avsnitt 65

<sup>129</sup> Ibid. avsnitt 53

<sup>130</sup> Ibid. avsnitt 52

<sup>131</sup> Se Øyen (2014). Hathaway (2011) side 335-336

<sup>132</sup> HJ og HT avsnitt 65



Ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen er det nødvendig å være oppmerksom på at menneskerettighetsinstrumentene og Flyktningkonvensjonen har ulike formål og anvendelsesområder. Mens menneskerettighetene beskytter mot ulovlige inngrep i et individs rettigheter og friheter, skal Flyktningkonvensjonen gi subsidiær beskyttelse mot forfølgelse på grunn av en konvensjonsgrunn.<sup>133</sup> Det kan derfor spørres om denne «underliggende begrunnelsen» kan tillegges så stor vekt som Lord Rodger tilsynelatende gjør i begrunnelsen av årsakstesten. Ved å legge for stor vekt på homofiles rett til å leve åpent kan man si at Flyktningkonvensjonens anvendelsesområde utvides.

Dette betyr imidlertid ikke at hensynet til at homofile bør kunne leve åpent uten frykten for forfølgelse ikke kan tillegges vekt ved tolkningen av flyktningdefinisjonen. Dette er fordi fortalen både kan belyse konvensjonens formål og partenes intensjoner og skal anvendes for å finne frem til den konteksten konvensjonens ordlyd skal tolkes i.<sup>134</sup>

Det fremkommer av konvensjonens fortale at den er skrevet på bakgrunn av internasjonale menneskerettigheter.<sup>135</sup> Her refereres det til prinsippet om «at alle mennesker uten diskriminering skal nyte godt av grunnleggende rettigheter og friheter» og at det er «søkt i størst mulig utstrekning å sikre dem [flyktninger] utøvelsen av disse grunnleggende rettigheter og friheter.» Fordi fortalen viser at det var skapernes intensjon å inkludere menneskerettighetsverdier i tolkningen av Flyktningkonvensjonen, er det hevdet at bestemmelsene i konvensjonen må tolkes på bakgrunn av det klart overordnede menneskerettighetsformålet og – objektet.<sup>136</sup>

Det er nærliggende å se dette aspektet ved begrunnelsen for årsakstesten på bakgrunn av Lord Hopes uttalelse om referansen til menneskerettighetserklæringen i Flyktningkonvensjonens fortale. Han sier at referansen viser at bekjempelse av diskriminering var et sentralt formål med konvensjonen. Lord Hope mener at menneskerettighetserklæringen er sentralt for en adekvat forståelse av Flyktningkonvensjonen.<sup>137</sup> Dette er i samsvar med anerkjente tolkningsprinsipper, som tilsier at ordlyden skal tolkes i sin kontekst, som blant annet fremgår av fortalen til en konvensjon.

Effektivitetsprinsippet tilsier videre at det bør ses hen til konvensjonens nåtidige kontekst ved identifisering av formålet til bruk ved tolkningen, for at den skal kunne gi effektiv beskyttel-

---

<sup>133</sup> HJ og HT avsnitt 15

<sup>134</sup> Wien-konvensjonen artikkel 31 (1) og (2)

<sup>135</sup> [2000] FCA1599 avsnitt 74-81

<sup>136</sup> 1 S.C.R. 982 side 1024 side 1024. UNHCR (04/2001) avsnitt 4

<sup>137</sup> Ibid. avsnitt 15

se.<sup>138</sup> For eksempel kan det økte fokuset på menneskerettigheter generelt og for homofile spesielt tas i betraktning som en del av den samtidige rettslige konteksten. Prinsippet muliggjør en dynamisk utvikling av Flyktningkonvensjonen<sup>139</sup> noe som er viktig når konvensjonen ikke lett kan endres. Konvensjonens ordlyd setter grenser for hvor langt effektivitetsprinsippet kan anvendes. Men fordi ordlyden skal tolkes i sin kontekst, som fremgår av fortalen, kan ikke ordlyden tilsi at referansen til menneskerettighetserklæringen i fortalen ikke skal tillegges betydning.

På denne bakgrunn må det kunne legges vekt på at homofile bør kunne leve åpent uten frykten for forfølgelse fordi man er homofil, når, som Lord Rodger sier, det ikke finnes holdepunkter for noe annet.<sup>140</sup>

Vedrørende formålet om surrogatbeskyttelse påpeker Lord Rodger at hjemstaten ikke gir individet den beskyttelsen som skulle vært gitt ved å ikke la vedkommende leve åpent uten frykten for forfølgelse, slik konvensjonens underliggende begrunnelse tilsier. Hjemstatens manglende beskyttelse medfører at søkeren blir tvunget til diskresjon.<sup>141</sup> Momentet om tvungen diskresjon som bevis på at det foreligger en reell trussel mot homofile, og dermed at staten ikke gir tilstrekkelig beskyttelse, synes å bygge på formålet om surrogatbeskyttelse. Om dette har Lord Rodger tidligere uttalt:

«by allowing them to live openly and free from that fear, the receiving state affords them protection which is a surrogate for the protection which their home state should have afforded them.»<sup>142</sup>

Lord Rodger viser også til uttalelsen i Ward<sup>143</sup> om at «International refugee law was formulated to serve as a back-up to the protection one expects from the state of which an individual is a national. It was meant to come into play only in situations when that protection is unavailable, and then only in certain situations.»

At søkeren vil opptre diskret endrer ikke på det faktum at staten ikke gir homofile beskyttelse mot forfølgelse. Det er nettopp frykten for forfølgelse tvinger søkeren til å skjule sin legning.

---

<sup>138</sup> Hathaway (2005) side 62,64

<sup>139</sup> Hathaway (2014) side 195

<sup>140</sup> HJ og HT avsnitt 53

<sup>141</sup> HJ og HT avsnitt 65

<sup>142</sup> HJ og HT avsnitt 53

<sup>143</sup> HJ og HT avsnitt 52

Diskresjonen kan ut i fra dette sies å være en nødvendig og rasjonell reaksjon på frykten for forfølgelse og ikke et moment i vurderingen av om frykten er velbegrunnet. UNHCR støtter en slik tolkning og uttaler at diskresjon «is often the response to the persecution rather than part of the assessment of whether there is a well-founded fear of being persecuted in the first place.»<sup>144</sup>

Det overordnede formålet om surrogatbeskyttelse tilsier derfor at søkeren bør gis beskyttelse når vedkommende vil risikere forfølgelse hvis han levde åpent. Diskresjonen er påtvunget fordi hjemstaten ikke gir nødvendig beskyttelse. Det er konvensjonsstatene som har påtatt seg et ansvar for å beskytte disse søkerne. Det vil stride mot dette formålet at søkeren i stedet må beskytte seg selv ved å undertrykke den grunnleggende karakteristikken ved hans identitet som artikkel 1A(2) skal beskytte. Formålet tilsier at det ikke kan ha vært tilsiktet at søkerne selv skulle ivareta den beskyttelsen det er meningen at konvensjonen skal gi.

Ordlyden i artikkel 1A(2) skal tolkes i sin kontekst og i lys av konvensjonens formål og objekt. Det har blitt argumentert mot en restriktiv tolkning av konvensjonens ordlyd.<sup>145</sup> Surrogatbeskyttelse kan sies å være konvensjonens overordnede formål, og blir derfor sentralt når det er en naturlig forståelse av ordlyden i lys av formålet som skal identifiseres. Fortalen, med referanse til menneskerettighetserklæringen, gir veiledning når formålet skal anvendes ved tolkningen.<sup>146</sup> Dette åpner for at søkerens diskresjon ikke nødvendigvis medfører at vilkåret om velbegrunnet frykt ikke er oppfylt.

Som nevnt, viser det at søkeren føler seg tvunget til diskresjon at det faktisk foreligger en reell trussel om forfølgelse for homofile som lever åpent. Lord Rodger viser til S395 hvor det påpekes at trusselen om forfølgelse ofte vil være den eneste årsaken til at søkeren vil skjule sin legning.<sup>147</sup> Den velbegrunnede frykten for forfølgelse er frykten om at med mindre han skjuler sin legning vil han faktisk bli utsatt for reaksjoner. Dette er bakgrunnen for at det må spørres hvorfor søkeren vil opptre diskret. Det er trusselen om «serious harm» som utgjør forfølgelseshandlingen. På grunnlag av dette kommer Lord Rodger frem til at det må vurderes om reaksjonene ved å leve åpent ville vært tilstrekkelige til å utgjøre forfølgelse. I så fall har søkeren etter årsakstesten en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Lord Rodgers avvisning av diskresjonstesten tjener også til å begrunne årsakstesten. Når søkeren på denne måten har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i diskresjonstilfellene, vil det å

---

<sup>144</sup> UNHCR (04/2010) avsnitt 7. Se også avsnitt 25

<sup>145</sup> Hathaway (2005) side 52

<sup>146</sup> UNHCR (04/2001) avsnitt 4

<sup>147</sup> HJ og HT avsnitt 66

stille krav om at søkeren i tillegg skal vise at det ikke er «reasonably tolerable» for han å skjule sin legning, «require the applicant to establish a form of secondary persecution brought on by his own actions in response to the primary persecution.»<sup>148</sup> Han påpeker også at diskresjonstestens presumpsjon om at det for noen vil være «reasonably tolerable å skjule sin legning for alltid, er et galt utgangspunkt.

#### *5.1.1.1 Reelle hensyn*

I tillegg til å tolke Flyktningkonvensjonens ordlyd i lys av formålet om surrogatbeskyttelse og konvensjonens underliggende begrunnelse, synes årsakstesten også å være begrunnet i reelle hensyn – likhetshensyn som bygger på konvensjonens formål og hensynet til å finne en håndterbar, god regel.

##### *5.1.1.1.1 Likebehandlingshensyn – den forsiktige og den uforsiktige søker*

Logisk sett tilsier diskresjonstesten at en som ikke vil skjule sin legning kan nektes beskyttelse, så lenge diskresjonen i seg selv ikke utgjør forfølgelse i den konkrete saken. På denne bakgrunn kan man lese uttales i Rt. 2012 s.494 om at en vurdering av årsaken til hemmelighold er relevant da dette «må følge av at det ved asylvurderingen ikke kan forutsettes at søkeren skal holde sin legning skjult.»<sup>149</sup>

Er det grunn til å skille mellom en som er uforsiktig, og dermed vil handle på en måte som gjør at han risikerer forfølgelse, og en som er forsiktig eller redd, og dermed vil opptre på en måte som gjør at han ikke blir forfulgt?

Begrunnelsen for at det ikke kan stilles som krav at en søker skal skjule forfølgelsesårsaken ved retur, er at det vil stride mot konvensjonens formål om det ble stilt et slikt krav. Hvis det kreves at en skal rette seg etter forfølgerens ønsker for å unngå forfølgelse, mister Flyktningkonvensjonen sin betydning:<sup>150</sup>

«Indeed, the Convention would give no protection from persecution for reasons of religion if it was a condition that the person affected must take steps – reasonable or otherwise – to avoid offending the wishes of the persecutors.»<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> HJ og HT avsnitt 75

<sup>149</sup> Rt.2012 s.494 avsnitt 39

<sup>150</sup> Øyen (2013) side 236

<sup>151</sup> HCR/GIP/04/06 punkt 13

Det vil medføre at søkeren tvinges til å undertrykke en del av seg selv som enten er uforanderlig eller så grunnleggende for ens identitet at det ikke bør forventes at det endres.<sup>152</sup>

Som påpekt av Lord Rodger,<sup>153</sup> er det tvingende grunner som medfører diskresjon, nemlig at søkeren ellers vil bli forfulgt. Lord Rodger uttaler at diskresjonstesten vil være i strid med konvensjonens bakenforliggende formål, fordi testen krever at søkeren skjuler den iboende karakteristikken som er grunnlaget for «the claim of persecution».

Som tidligere nevnt, bør det ikke ha betydning for beskyttelsesbehovet om søkeren er modig eller redd.<sup>154</sup> I forhold til det subjektive vilkåret om «frykt» er det stilt spørsmålet: «Why should an individual of stoic disposition be viewed as less worthy of protection than one who is easily scared, or who proclaims her concerns with great fervor? »<sup>155</sup>

Det har blitt påpekt at «the definition of a refugee is certainly not designed to exclude brave or simply stupid persons in favor of those who are more timid or more intelligent.»<sup>156</sup> Denne uttalelsen retter seg mot «the definition of a refugee». Det tilsier at det ikke er grunn til å gjøre forskjell på en modig person og en forsiktig person, som ellers er i akkurat samme situasjon.

På bakgrunn av dette kan man si at formålet og bakgrunnen for at homofile er beskyttet mot forfølgelse på grunn av sin legning, i tilnærmet samme grad taler for at det er relevant å vurdere årsaken til søkerens diskresjon, som det taler for at det ikke kan stilles krav om at en som faktisk ikke vil opptre diskret skal gjøre det.<sup>157</sup>

Formålet om surrogatbeskyttelse understøtter også dette. At en person ikke kan leve åpent som homofil fordi vedkommende da vil bli utsatt for forfølgelse, beviser at staten ikke beskyttelser homofile mot forfølgelse. Den som ikke vil ta steg for å unngå denne forfølgelsen vil få surrogatbeskyttelse etter konvensjonen. Den som derimot vil opptre diskret for å unngå forfølgelsen får ikke det. Den faktiske virkningen av at søkeren må dra tilbake blir at vedkommende må skjule «characteristics or statuses which either the individual cannot change or cannot be expected to change because they are so closely linked to his identity.»<sup>158</sup> Dette står i tilsynela-

---

<sup>152</sup> HJ og HT avsnitt 76

<sup>153</sup> HJ og HT avsnitt 59

<sup>154</sup> Hathaway (2014) side 108-109

<sup>155</sup> Hathaway (2014) side 109

<sup>156</sup> [1992] 1 FC 629 side 631

<sup>157</sup> UNHCR (04/2010) avsnitt 31-32

<sup>158</sup> [2012] UKSC 38 avsnitt 25

tende i motsetning både til intensjonene da konvensjonen ble skapt og formålet om surrogatbeskyttelse.

#### *5.1.1.1.2 Subjektive og objektive vurderingstema*

Årsakstesten kan føre til at det gis beskyttelse i saker hvor det ikke ville blitt gitt etter diskresjonstesten. Dette er ikke fordi årsakstesten medfører at noen som ikke har behov for beskyttelse får det. Forskjellen er at årsakstesten gir en objektiv måte å vurdere beskyttelsesbehovet på, som påpekt av UKSC.<sup>159</sup> Å vurdere om det utgjør forfølgelse eller om det er «reasonably tolerable» for søkeren å skjule sin legning, er derimot en vurdering som gir rom for, og nødvendigvis må være basert på, beslutningstakerens subjektive vurderinger. Diskresjonstesten åpner derfor for at en som objektivt sett har et behov for beskyttelse, fordi det for vedkommende utgjør forfølgelse å skjule sin legning, blir vurdert til å ikke ha det fordi det kun må legges skjul på en «triviell» del av identiteten. Skjønnsutøvelsen blir mer avhengig av den enkelte beslutningstakers syn og lar beslutningstakere avgjøre LHBT-saker på grunnlag av egne oppfatninger og stereotyper.<sup>160</sup>

Diskresjonstesten legger også i større grad til rette for generaliseringer om hva som bør tåles eller ikke tåles, på et område hvor det er viktig at hver sak blir vurdert konkret og individuelt. Vurderingene kan sies å berøre verdispørsmål og verdioppfatninger til den enkelte beslutningstaker. Det er et behov for å ha visse standarder å forholde seg til når det gjelder tolkningen av sentrale vilkår i Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2).<sup>161</sup> Forutsetningen for årsakstesten, at søkeren risikerer forfølgelse dersom vedkommende hadde levd åpent og at årsaken til diskresjonen er frykt for forfølgelse, skiller de som har behov for beskyttelse fra de som ikke har det. At en som skjuler sin legning av frykt for sosiale reaksjoner ikke vil få beskyttelse etter årsakstesten, viser at den er egnet til å avgrense beskyttelsen til de konvensjonen var ment å tilgodese. Derfor virker årsakstesten som en prinsipielt god standard for vurderingen, i stedet for å la det være opp til en utenforstående å avgjøre om det vil være så ille for en søker å skjule sin legning at dette utgjør forfølgelse. Som Lord Rodger påpeker er det «no legitimate way of deciding whether an applicant could reasonably be expected to tolerate living discreetly and concealing his homosexuality indefinitely for fear of persecution.»

#### *5.1.1.2 Sammenfatning velbegrunnet frykt for forfølgelse*

Det kan ikke sies å foreligge en reell risiko for forfølgelse når søkeren vil unngå denne ved å skjule sin legning. I dommene som er grunnlaget for årsakstesten konstateres det at dersom

---

<sup>159</sup> HJ og HT avsnitt 80-81

<sup>160</sup> O'Dwyer (2007) side 210

<sup>161</sup> Hathaway (2014) side 193

modifikasjon av seksuell legning er forårsaket av frykten for forfølgelse «må dette være tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse».<sup>162</sup>

Ordlyden i Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) skal tolkes i sin sammenheng og i lys av konvensjonens formål og objekt. Fordi ordlyden skal tolkes i lys av formålet, og på bakgrunn av at det har blitt argumentert mot en restriktiv tolkning av ordlyden ved tolkning av Flyktningkonvensjonen,<sup>163</sup> blir formålet en viktig rettskilde.

Fortalen, med referanse til menneskerettighetserklæringen, gir veiledning når formålet skal anvendes ved tolkningen.<sup>164</sup> En naturlig forståelse av ordlyden lest i lys av konvensjonens formål og sammenheng tilsier at diskresjon som skyldes frykten for forfølgelse ikke bør utelukke at frykten kan være velbegrunnet, selv om det ikke foreligger en reell risiko for at forfølgelsen inntreffer. Når årsaken til at søkeren skjuler sin legning er at han ellers vil bli møtt med forfølgelse, er diskresjonen ikke noe søkeren velger selv, men noe han blir påtvunget. Trusselen om at søkeren vil bli møtt med «serious harm» dersom vedkommende ikke skjuler sin legning, gjør frykten velbegrunnet. Det er særlig formålet om surrogatbeskyttelse.

#### 5.1.2 «på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe»

Som vi har sett ved i Rt.2012 s.494 og HJ og HT sier årsakstesten at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt dersom søkerens valg om å skjule sin legning skyldes den velbegrunnede frykten for forfølgelse.

Vilkåret om årsakssammenheng innebærer et krav om at frykten for forfølgelse må relatere seg til en av konvensjonsgrunnene.<sup>165</sup> Ved vurderingen av årsakssammenhengen må det derfor tas i betraktning at statene ikke ville påta seg et ubegrenset ansvar og at Flyktningkonvensjonen kun skal beskytte mot forfølgelse på grunn av disse forholdene.<sup>166</sup>

Årsaken til at søkeren vil skjule sin legning må vurderes for å ta stilling til om årsakssammenhengen mellom den velbegrunnede frykten for forfølgelse og søkerens medlemskap i en spesiell sosial gruppe er oppfylt. Tolkningen til UKSC som fører til årsakstesten legger til grunn at årsaken til diskresjon enten kan være frykten for forfølgelse eller andre forhold, omtalt som sosialt press. I begge tilfellene skyldes diskresjonen en konvensjonsgrunn, medlemskap i den spesielle sosiale gruppen homofile. Forskjellen mellom de to tilfellene er hva som

---

<sup>162</sup> Rt.2012 s.494 avsnitt 39

<sup>163</sup> Hathaway (2005) side 52

<sup>164</sup> UNHCR (04/2001) avsnitt 4

<sup>165</sup> Einarsen (2000) side 327

<sup>166</sup> Øyen (2013) side 232

fryktes, forfølgelse eller sosialt press. I følge årsakstesten er vilkåret om årsakssammenheng oppfylt dersom årsaken til at søkeren vil skjule sin legning er frykten for «forfølgelse». I dette tilfellet knyttes årsakssammenhengen både til karakteristikken som er beskyttet, konvensjonsgrunnen, og de reaksjonene som artikkel 1A(2) skal beskytte mot, forfølgelsen. Både ordlyden, formålet og konteksten understøtter en slik tolkning.

Når årsaken til diskresjon derimot er sosialt press er dette noe som knytter seg til hvilke karakteristikk som er beskyttet av bestemmelsen, men det er ikke relatert til «forfølgelse». Fordi vilkårene i bestemmelsen er kumulative kan vedkommende derfor ikke anses som flyktning.

Hathaway og Pobjoy mener at årsakstesten «seem to assume that risk following from *any* ‘gay’ form of behavior gives rise to refugee status.»<sup>167</sup> Han mener at flyktningstatus skal gis når risikoen er grunnet i hvem søkeren er eller hva søkeren tror. Når risikoen stammer fra handlinger, ikke fra søkerens identitet som sådan, er vilkåret om årsakssammenheng kun oppfylt når handlingen er essensiell for den beskyttede identiteten.<sup>168</sup> Dette samsvarer i utgangspunktet med formålet om at Flyktningkonvensjonen skal beskytte det som er så grunnleggende for individet at det ikke kan forventes at vedkommende gir avkall på det.<sup>169</sup>

Dersom Hathaway og Pobjoy sin argumentasjon skal legges til grunn på dette punktet, må det også innebære at det ikke vil være i strid med Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) å kreve at en søker avstår fra visse handlinger som ikke er tilstrekkelig sentrale i forhold til den beskyttede identiteten. Dette innebærer et delvis tilbakefall til et krav om diskresjon,<sup>170</sup> at det kan kreves at en søker avstår fra handlinger hvis det vil være urimelig av han å ikke gjøre det:

«it does not *necessarily* follow that a grant of asylum is owed where risk follows only from a relatively trivial activity that could be avoided without significant human rights cost.»<sup>171</sup>

Hvordan kan man oppstille et skille mellom identitet og handlinger som er relatert til identiteten, men ikke av essensiell betydning for identiteten? For at et slikt skille i det hele tatt skal bli relevant fordrer det at vedkommende ikke risikerer forfølgelse på grunn av sin identitet som sådan, men bare på grunn av en eller flere bestemte handlinger.

---

<sup>167</sup> Hathaway (2011) side 374

<sup>168</sup> Hathaway (2011) side 389

<sup>169</sup> Rt.2012 s.495 avsnitt 36

<sup>170</sup> Goodman (2012) side 425

<sup>171</sup> Hathaway (2011) side 335



Det som ved årsakstesten avgrenser anvendelsen av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) til bestemte tilfeller, kan sies å være at beskyttelse ikke vil gis til de som skjuler sin legning av frykt for sosialt press. Det er kravet om at diskresjonen må følge av en velbegrunnet frykt for forfølgelse som sikrer at årsakssammenhengen er oppfylt ved anvendelse av årsakstesten.

Dette er i samsvar med at konvensjonen ikke skal beskytte mot all forfølgelse, men mot «persecution which is based on discrimination, the making of distinctions which principles of fundamental human rights regard as inconsistent with the right of every human being.»<sup>172</sup>

Årsaken til at en risikerer forfølgelse, for eksempel ved å gå på en bar hvor homofile samles, vil være at myndighetene oppfatter vedkommende som en del av den spesielle sosiale gruppen homofile. Motivet for forfølgelsen fra myndighetenes side vil være medlemskapet i den spesielle sosiale gruppen homofile selv om forfølgelsesrisikoen skyldes en «triviell» aktivitet.

Hathaway har i ettertid av kritikken tilsynelatende sagt seg enig i at det ikke kan stilles et krav om diskresjon. Han har gitt uttrykk for at dette legges til grunn i de fleste jurisdiksjoner og at diskresjon kun kan kreves dersom det er lovlige restriksjoner i henhold til internasjonal menneskerettigheter. Han uttrykker at det ikke er av relevans om beslutningstakeren anser handlingen som triviell del av søkerens identitet eller tro.<sup>173</sup>

En vurdering av årsaken til diskresjon har også en annen viktig side - årsaken til diskresjon må være frykten for forfølgelse for at man i det hele tatt kan si at frykten for forfølgelse er velbegrunnet. Dette er, som Lord Rodger uttrykker, fordi at dersom årsaken til diskresjonen er sosialt press vil søkeren ta et valg om å leve på en måte som gjør at han ikke har en velbegrunnet frykt for forfølgelse, på grunn av noe som ikke har noe med Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Konvensjonen beskytter ikke mot sosialt press eller fordømmelse, men mot forfølgelse. Når søkeren for å unngå sosialt press tar valget om å skjule sin legning, vil vedkommende følgelig ikke ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse. I forhold til begrunnelsen for årsakstesten, som beskrevet ovenfor, kan man ikke si at søkeren opptrer diskret som en reaksjon på den frykten for forfølgelse, men som en respons på det sosiale presset.

### 5.1.3 Slutning og konklusjon

Rettskildebildet kan sies å trekke i ulike retninger. Det argumentet som i størst grad taler mot årsakstesten er at det ikke foreligger en reell risiko for den ytre forfølgelsen når søkeren vil

---

<sup>172</sup> [2006] UKHL 46 avsnitt 13

<sup>173</sup> Hathaway (2014) side 260, 392-394

skjule sin legning og dermed unngå den ytre forfølgelsen. Ved nærmere studier av begrunnelsen for årsakstesten viser det seg imidlertid at Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) åpner for at årsakstesten kan begrunnes ut i fra en naturlig forståelse av ordlyden lest i sin sammenheng og i lys av konvensjonens formål og objekt. Det viktigste argumentet for å anse vedkommende som flyktning er formålet med Flyktningkonvensjonen som surrogat for beskyttelsen hjemstaten skulle ha gitt. Det kan sies å være gode argumenter både for årsakstesten og tolkningen som tilsier en vurdering av virkningene av diskresjonen på søkeren.

Tolkningen som fører til årsakstesten må ses i sammenheng med at det har blitt argumentert mot en restriktiv tolkning av Flyktningkonvensjonens ordlyd,<sup>174</sup> at menneskerettighetenes og ikke-diskrimineringsprinsippet som bakgrunn for konvensjonen fremhever den betydningen dette bør tillegges tolkningen<sup>175</sup> og at ordlyden bør tolkes i lys av et formål som sikrer effektiv applikasjon i lys av de opprinnelige intensjonene og tidens sosiale og rettslige kontekst.<sup>176</sup>

Det fremkommer av drøftelsen at det er en formålsrettet tolkning som begrunner årsakstesten. Effektivitetsprinsippet blir sentralt for å komme frem til at vilkåret kan være oppfylt. Ordlyden setter imidlertid grenser for hvor langt effektivitetsprinsippet kan anvendes. Som vi har sett er det i hovedsak måten «velbegrunnet» har blitt tolket på som kan tilsi at årsakstesten ikke er en legitim tolkning av Flyktningkonvensjonen. Når ordlyden skal tolkes i lys av formålet om surrogatbeskyttelse og i sin kontekst som fremgår av fortalen, synes dette likevel ikke å hindre tolkningen årsakstesten fastsetter.

Effektivitetsprinsippet tilsier, som tidligere nevnt, at en konvensjon skal tolkes på en måte som fremmer formålet med konvensjonen mest effektivt. Det ser ut til at årsakstesten gir uttrykk for den tolkningen som er best egnet til dette.

At «Velbegrunnet» innebærer krav om reell risiko er noe som følger av tolkningen av ordlyden i Flyktningkonvensjonen og fremgår ikke direkte av Flyktningkonvensjonens ordlyd. Selv om det er på det rene at en som unngår forfølgelse ved å opptre diskret ikke står overfor en reell risiko for å bli utsatt for den ytre forfølgelsen, tilsier ordlyden lest i lys av formålet og konteksten, at det bør legges vekt på at frykten til søkeren likevel vil være begrunnet i noe objektivt, nemlig kunnskapen om hva som skjer med de som lever åpent og dermed hva som kan skje dersom vedkommende blir avslørt. Derfor er det likevel naturlig å si at frykten har «gode grunner» for seg, som komiteen uttalte i forarbeidene til konvensjonen.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> Hathaway (2005) side 52

<sup>175</sup> Hathaway (2005) side 53

<sup>176</sup> Hathaway (2005) side 55

<sup>177</sup> U.N. Doc. E/1618 side 39

Etter vurderingen av metodens forankring i en tolkning av artikkel 1A(2) er det grunnlag for å si at årsakstesten fremmer konvensjonens formål mer effektivt enn hvis det utelukkende skulle være diskresjonens virkning på søkeren som kunne være den aktuelle forfølgelsen. Når det foreligger to tolkningsalternativer, årsakstesten og diskresjonstesten, kan det legges vekt på hvilken tolkning som mest effektivt fremmer konvensjonens formål:

«When a treaty is open to two interpretations, one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted. »<sup>178</sup>

Årsakstesten kan sies å være den testen som i størst grad støttes av Flyktningkonvensjonen i sin helhet, i lys av formålet og konteksten. Det har blitt hevdet at en slik tolkning er å foretrekke, «rather than by concentrating exclusively on the language. A broad approach is what is needed, rather than a narrow linguistic approach.»<sup>179</sup>

Videre bør hensynet til å finne en håndterbar regel, og likhetshensyn som ble gjort gjeldende ved begrunnelsen av årsakstesten, tas i betraktning. Behovet for objektive standarder som ikke avhenger av beslutningstakerens subjektive vurderinger og likhetshensyn, er momenter som begge kan sies å fremme Konvensjonens formål. Anvendelsen av reelle hensyn kan ha større legitimitet hvor det foreligger tolkningstvil,<sup>180</sup> som kan sies å være tilfellet her. «Alle hensyn tatt i betraktning»<sup>181</sup> kan det argumenteres for at årsakstesten gir uttrykk den mest rimelige løsningen.

Fordi spørsmålet kan sies å være noe tvilsomt skal det ikke trekkes noen absolutt konklusjon om hvorvidt årsakstesten er den riktige tolkningen av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Jeg nøyer meg derfor med å si at når ordlyden i Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) leses i lys av konvensjonens sammenheng og formål kan årsakstesten forvares ut i fra læren om hvordan Flyktningkonvensjonen skal tolkes.

Etter dette må det vurderes om det er noen forskjell mellom konvensjonsgrunnene som tilsier at metoden ikke bør anvendes på konvensjonsgrunnen religion. På grunn av tvilen jeg har gitt uttrykk for bemerkes det at uavhengig av om man kommer til at årsakstesten kan begrunnes rettslig sett eller ikke, er det aktuelt å spørre om den kan overføres til konvensjonsgrunnen

---

<sup>178</sup> Yearbook of the International Law Commission (1967) side 219

<sup>179</sup> 1 AC 293 side 305

<sup>180</sup> Fleischer (2000) side 46

<sup>181</sup> Ibid.

religion i norsk praksis. Dette er fordi metoden allerede er lagt til grunn i norsk praksis når det gjelder saker om seksuell legning.

## **5.2 Forvaltningens begrunnelse for at årsakstesten ikke anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen «religion»**

Som nevnt innledningsvis i fremstillingen er anvendelsen av årsakstesten på asylsaker vedrørende religion avvist i norsk forvaltningspraksis. Utlendingsmyndighetenes praksis i dag følger Justis- og beredskapsdepartementets instruks, hvor det heter:

«Departementet bemerker videre at metoden ... representerer en særegen tilnærming i norsk asylrett, og at tematikken er under utvikling i internasjonal rett. Det er derfor uklart hvilken betydning innføringen av denne metoden eventuelt vil ha for asylretten i sin helhet. ...

Departementet er kjent med at det er fremsatt kritikk mot metoden anvendt i den britiske høyesterettsdommen. Blant annet har professor James C. Hathaway, sammen med Jason Pobjoy, i en artikkel pekt på at elementer ved metoden kan være rettslig og prinsipielt betenkelige. ...

På denne bakgrunn ønsker departementet ikke å gi metoden et videre anvendelsesområde enn hva det er rettslig grunnlag for. Instruksen nedenfor begrenser derfor denne spesielle tilnærmingen til kun å gjelde asylsaker vedrørende LHBT-søkere.»<sup>182</sup>

### **5.2.1 Generelle bemerkninger**

Kritikken det vises til i instruksen, av Hathaway og Pobjoy, kritiserer årsakstesten som sådan, og vil gjøre seg gjeldende i forhold til asylsaker vedrørende samtlige konvensjonsgrunner. Kritikken i seg selv tilsier derfor ikke at metoden skal anvendes i saker om seksuell legning, men ikke i saker om religion. Et ønske om å følge kritikken skulle derfor innebære at årsakstesten heller ikke ble anvendt i saker om seksuell legning. For at ulike vurderinger skal kunne anvendes på konvensjonsgrunnene må det derfor være begrunnet med at det enten kan sies å være et hierarki mellom konvensjonsgrunnene, eller at det på annen måte er en forskjell mellom medlemskap den spesiell sosiale gruppen homofile og religion som tilsier en ulik vurdering.

---

<sup>182</sup> GI-07/2012 side 3

Instruksen til Justisdepartementet gir inntrykket av at metoden ikke er lagt til grunn i andre land enn i Norge. Men utenom Storbritannia legges årsakstesten, eller en lignende vurdering, til grunn i Sverige, Finland,<sup>183</sup> Australia og New Zealand.<sup>184</sup>

### 5.3 Hierarki mellom konvensjonsgrunnene?

Konvensjonsgrunnene er etter ordlyden i Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) likestilte. Det fremkommer ikke noe av bestemmelsen som viser at de skal vurderes ulikt. Øyen viser til en dom fra UKSC og utleder at det ikke er «noe hierarki mellom konvensjonsgrunnene. Det er ikke bedre eller enklere å bli anerkjent som flyktning på politisk grunnlag enn religiøst grunnlag».<sup>185</sup>

Dommen det vises til er *RT and others v. Secretary of State for the Home Department* fra 2012 (heretter RT). I dommens avsnitt 25 heter det:

«It is well established that there are no hierarchies of protection amongst the Convention reasons for persecution, and the well-founded fear of persecution test set out in the Convention does not change according to which Convention reason is engaged. ... Thus the Convention affords no less protection to the right to express political opinion openly than it does to the right to live openly as a homosexual. The Convention reasons reflect characteristics or statuses which either the individual cannot change or cannot be expected to change because they are so closely linked to identity or are an expression of fundamental human rights.»

Flyktningdefinisjonen behandler medlemskap i en spesiell sosial gruppe «*in pari materia*» med de øvrige konvensjonsgrunnene.<sup>186</sup> At konvensjonsgrunnene er *in pari materia* innebærer at de må tolkes «*in light of each other since they have a common purpose for comparable events or items.*»<sup>187</sup> Videre foreskriver jusdem generis prinsippet at det ved tolkningen av et ord i en bestemmelse skal tas hensyn til sammenheng og konsekvens i teksten. Dette prinsippet har betydning for tolkningen av konvensjonsgrunnene, og tilsier at oppregningen av forfølgelsesgrunnen skal tolkes slik at de «strukturelt blir av samme slag.»<sup>188</sup>

---

<sup>183</sup> Se Rt.2012 s.494 avsnitt 48

<sup>184</sup> Se HJ og HT avsnitt 66 og 72

<sup>185</sup> Øyen (2013) side 233

<sup>186</sup> [1997] Imm AR 43 avsnitt 50

<sup>187</sup> <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/In+pari+materia>

<sup>188</sup> Einarsen (2000) side 363

At konvensjonsgrunnene må betraktes som likeverdige og må tolkes slik at de «strukturelt blir av samme slag»<sup>189</sup> er også lagt til grunn i andre dommer.<sup>190</sup> I følge RT er dette en betraktning som anses som gjeldende rett – «well established», jf. sitatet ovenfor. Dette tilsier i utgangspunktet at beskyttelsesvurderingen ikke skal variere ut i fra hvilken konvensjonsgrunn saken gjelder. Begrunnelsen for at det ikke er noe hierarki mellom konvensjonsgrunnene, må ses på bakgrunn av begrunnelsen for hvorfor akkurat disse forfølgelsesårsakene er beskyttet i konvensjonen. Som uttalt i RT er det fordi konvensjonsgrunnene gir uttrykk for karakteristikk som en person ikke kan endre eller ikke kan forventes å endre fordi det har stor betydning for søkerens identitet eller er del av en grunnleggende menneskerettighet.

Når årsakstesten som er lagt til grunn i Rt. 2012 s. 494, og etterfølgende i forvaltningspraksis, kan sies å senke terskelen for å få flyktningstatus i LHBT-saker i forhold til hvordan slike saker tidligere ble vurdert, ville det være å skape en forskjell mellom konvensjonsgrunnene å ikke la denne metoden også få anvendelse i saker om religionsbasert forfølgelse. Spørsmålet er om forskjellsbehandlingen er tilstrekkelig velbegrunnet. Når, som Høyesterett legger til grunn, rettstilstanden går i utvikling av å anerkjenne årsakstesten i LHBT-saker,<sup>191</sup> vil det medføre at det blir enklere å få beskyttelse på grunnlag av seksuell legning enn på grunnlag av religion. Prinsippet om at det ikke er hierarki mellom konvensjonsgrunnene tilsier at det ikke er grunnlag for en slik forskjell.

I Rt. 2012 s. 494 ble det lagt vekt på at årsakstesten var anvendt i UNE sin praksis og at UDI hadde foreslått en praksisendring tilsvarende årsakstesten i saker om seksuell legning.<sup>192</sup> Dette er ikke tilfellet når det gjelder norsk forvaltningspraksis i saker om religion som asylgrunnlag. Det er likevel begrenset hvilken betydning dette kan ha for spørsmålet. Norsk forvaltningspraksis, inkludert vedtak, rundskriv, praksisnotater osv., har liten vekt som rettskildefaktor ved tolking av Flyktningkonvensjonen.<sup>193</sup> Videre tilsier drøftelsen ovenfor at praksis som legger til grunn årsakstesten i saker om seksuell legning, bør tillegges vekt også i saker om religion.

At det ikke er noe hierarki mellom konvensjonsgrunnene og begrunnelsen for dette, taler for at årsakstesten bør anvendes analogisk i saker vedrørende «religion». At det ikke er hierarki mellom konvensjonsgrunnene er ett argument som taler for at metoden bør overføres til konvensjonsgrunnen religion. Det må imidlertid også vurderes om det er øvrige relevante for-

---

<sup>189</sup> Einarsen (2000) side 363

<sup>190</sup> Blant annet [2007] 1 AC 412 avsnitt 20-22

<sup>191</sup> Rt.2012 s.494 avsnitt 51

<sup>192</sup> Rt.2012 s.494 avsnitt 56

<sup>193</sup> Øyen (2013) side 32

skjeller på karakteren av «religion» og seksuell legning, som tilsier at beskyttelsesbehovet skal vurderes ulikt.

## 5.4 Forskjell på karakteren av seksuell orientering og «religion» som tilsier ulik vurdering?

### 5.4.1 Uforanderlig eller valgfri status

Det er uttalelser i HJ og HT som tyder på at det kan være en forskjell mellom konvensjonsgrunnen seksuell legning og religion. I likhet med seksuell legning er religion noe som blir synlig ved et individs handlinger. Lord Hope uttrykker at det er forskjell mellom de to konvensjonsgrunnene fordi i motsetning til religion og politisk oppfatning, kan ikke seksuell legning endres.<sup>194</sup> Er dette en relevant forskjell som kan tilsi at metoden ikke skal anvendes på konvensjonsgrunnen religion?

Hathaway uttaler at det kan være grunn til å gjøre forskjell på konvensjonsgrunnene

«for example, that sexual orientation is more like the truly innate and unchangeable characteristics of race and nationality than like religion or political opinion, which are immutable only in the sense that disassociation impose an unacceptable human rights cost.»<sup>195</sup>

Karakteren av seksuell legning og religion har tidligere vært drøftet, under 3.1.3.2. Her ble det vist til at de fleste medlemsstatene nå har inntatt det syn at seksuell legning enten er uforanderlig eller så grunnleggende for menneskets identitet at det ikke kan kreves at det skal forandres.<sup>196</sup> Dette ble også lagt til grunn av Lord Rodger. Han tok ikke stilling til hvilke av de to alternativene han skulle legge til grunn. Av dette kan det utledes at det ikke i seg selv kan ha avgjørende betydning. Dette er fordi en som er homofil blir ansett for å være omfattet som medlem av en spesiell sosial gruppe uavhengig av om man ser på det som uforanderlig, eller noe som kan forandres, men som er så grunnleggende for individets identitet at det ikke kan forventes at noen skal endre på det.<sup>197</sup>

Som tidligere sitat fra RT og KM viser, gjelder det samme for de øvrige konvensjonsgrunnene: alle konvensjonsgrunnene gir uttrykk for en karakteristikk eller status som **enten** er uforanderlig **eller** som man ikke kan forvente at noen skal endre fordi den er nært forbundet med

---

<sup>194</sup> HJ og HT avsnitt 11

<sup>195</sup> Hathaway (2011) side 384

<sup>196</sup> Hathaway (2014) side 443

<sup>197</sup> Hathaway (2014) side 443

individets identitet eller er uttrykk for en grunnleggende menneskerettighet.<sup>198</sup> Dette er en felles bakgrunnen for at akkurat disse grunnene ble tatt inn i bestemmelsen. Det ligger implisitt i dette at om religion anses for å være en karakteristikk som er foranderlig, og om seksuell legning anses for å være en karakteristikk som er uforanderlig, kan dette ikke i seg selv begrunne at metoden skal anvendes på seksuell legning og ikke på religion.

#### 5.4.2 Er det andre relevante forhold som tilsier en forskjell?

Det er enkelte forhold ved selve begrunnelsen for årsakstesten, som den fremkommer i HJ og HT, som kan anvendes som argument for at årsakstesten gjelder konvensjonsgrunnen seksuell legning som en spesiell sosial gruppe. Dette gjelder vektleggingen av homofiles rett til å leve fritt og åpent uten frykt for forfølgelse,<sup>199</sup> betydningen av seksuell legning for individet og konsekvensene det vil ha for en person å skjule sin legning på ubegrenset tid.<sup>200</sup>

I HJ og HT ble det foretatt en bred vurdering av disse momentene. Det er derfor grunn til å spørre om det kan utledes fra praksis eller teori at det er en generell forskjell på hvordan religion og seksuell legning påvirker øvrige aspekter ved noens liv.

Av UKSC sin vurdering fremkommer det at seksuell legning anses for å påvirke et individs identitet i stor grad: diskresjon for en som er homofil kan innebære at vedkommende må unngå å gi uttrykk for at han er tiltrukket av en av samme kjønn på en måte som går lenger enn det som er akseptert når det gjelder heterofile. Vedkommende må være oppmerksom på hvilke vennskap som etableres og hvor han sosialiserer seg. Vedkommende må stadig beherske seg på et livsområde som aktiverer sterke følelser, i motsetning til heterofile som kan være spontane. Han må tenke seg om før han sier at han er tiltrukket av en mann.<sup>201</sup>

Lord Rodger uttaler videre at seksuell identitet må forstås som noe som ikke kan begrenses til seksuelle og fysiske handlinger,<sup>202</sup> og viser til S395:

«That two individuals engage in sexual acts in private (and in that sense ‘discreetly’) may say nothing about how those individuals would choose to live other aspects of their lives that are related to, or informed by, their sexuality.»<sup>203</sup>

---

<sup>198</sup> [2012] UKSC 38 avsnitt 25

<sup>199</sup> HJ og HT avsnitt 65

<sup>200</sup> HJ og HT avsnitt 77 flg.

<sup>201</sup> HJ og HT avsnitt 77. se også avsnitt 63

<sup>202</sup> HJ og HT avsnitt 78

<sup>203</sup> S395 avsnitt 81



Spørsmålet er så i hvilken grad religion kan sies å påvirke andre aspekter ved et individs liv. Det er tidligere nevnt at religionsbegrepet i Flyktningkonvensjonen skal forstås bredt. Flyktningkonvensjonen må tolkes på bakgrunn av internasjonale menneskerettigheter, særlig på grunn av referansen til menneskerettighetserklæringen i fortalen til konvensjonen, som informerer konvensjonens objekt, formål og dermed tolkningen av konvensjonsgrunnene.<sup>204</sup> Da kan det utledes at det er to elementer ved religionsbegrepet i artikkel 1A(2):

«...the first is as a manifestation or practice of personal faith or doctrine, and the second is the manifestation or practice of that faith or doctrine in a like-minded community. I would add that that interpretation is consistent with the commonly understood meaning of religion as including its practice in or with a like-minded community.»<sup>205</sup>

Både religion som et privat anliggende, som noe man praktiserer for seg selv, og religion som noe man praktiserer i fellesskap med andre er derfor beskyttet under religionsbegrepet i bestemmelsen. Religiøs praksis i det private og det å kunne omgås med andre i sitt religiøse fellesskap har blitt ansett som essensielt for den grunnleggende religiøse eksistens.<sup>206</sup>

Lord Rodger og Sir John Dyson SJC viser til at New Zealand sin tilnærming tar i bruk menneskerettighetene som et rammeverk for å definere grensene for hva som er beskyttet og ikke. Lord Rodger uttaler at dette momentet ikke har betydning for saken, men at det kan være en god tilnærming, og relevant i saker hvor det ble anført frykt for forfølgelse hvis søkeren deltok i en «gay rights march».<sup>207</sup> Sir Dyson uttrykker tvil om hvorvidt en distinksjon mellom overgrep mot noe som er i rettighetens kjerne, og noe som er mer trivielt kan ha betydning i saker som gjelder «immutable characteristics», som rase og seksuell legning, men at det kan være mer plass for et slikt skille i saker som gjelder religion eller politisk mening.<sup>208</sup>

Som tidligere drøftet kan det ikke ha betydning hvorvidt seksuell orientering anses som noe uforanderlig og religion eventuelt skal anses for å ikke være noe uforanderlig. Dette momentet ved Dysons uttalelse skal derfor ikke vurderes nærmere.

Man kan utlede at dommerne ser muligheten for at saken kan stille seg annerledes dersom det gjelder frykt for forfølgelse på grunn av en eller flere *bestemte handlinger*, i motsetning til

---

<sup>204</sup> UNHCR (04/2004) punkt 2. [2007] 1 AC 412 avsnitt 10

<sup>205</sup> [2000] FCA 1599 avsnitt 81

<sup>206</sup> Einarsen (2000) side 344

<sup>207</sup> HJ og HT avsnitt 72

<sup>208</sup> HJ og HT avsnitt 114-115

frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering som en del av en persons identitet. For at dette skille skal bli relevant må det forutsette at søkeren ikke vil risikere forfølgelse på grunn av sin seksuelle identitet som sådan. Søkeren kan med andre ord leve uten å skjule sin identitet, mens det er en bestemt handling, deltakelse i en «gay rights march», som aktiverer risikoen for forfølgelse. Hvis søkeren hadde hatt en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av sin seksuelle legning måtte vedkommende fått beskyttelse allerede av den grunn.

Dyson utdyper ikke hvorfor han mener en slik måte å definere hva som er beskyttet på kan ha større anvendelighet i saker om religion. Man kan anta at dette bygger på Lord Rodgers uttalelser, og at Dyson anser forfølgelse på grunn av religion som noe som blir aktuelt på grunn av bestemte handlinger. Eksempler kan være misjonering, deltakelse i en gudstjeneste eller bruk av religiøse symboler. Altså et syn på seksuell legning som en del av et individs identitet og et syn på religion som en kombinasjon av ulike handlinger, åpner for at den vurderingen som foretas i New Zealand har større plass i saker om religion enn i saker om seksuell legning.

Religion kan imidlertid også være en sentral del av et individs identitet.<sup>209</sup> Det må da spørres om det er grunnlag for å sette opp en slik generell forskjell. Det er som tidligere drøftet samme begrunnelse for at begge konvensjonsgrunnene er tatt inn i flyktningdefinisjonen, og både religion og seksuell legning er karaktertrekk som synliggjør seg for andre ved handling.<sup>210</sup> Som vi har sett gjennom Lord Rodger sitt votum er seksuell legning en del av et individs identitet og hva som er beskyttet kan ikke defineres gjennom bestemte handlinger.<sup>211</sup> På samme måte kan man si at religion er en grunnleggende del av individets identitet<sup>212</sup> som ikke kan forstås som noe som er «confined to ... particular forms of physical conduct.»<sup>213</sup>

Religion som del av ens identitet kan innebære medlemskap i et samfunn som er knyttet sammen ved felles tro, ritualer og tradisjoner, og kan være et fundamentalt aspekt ved individets «way of life». Religionsfriheten kan være så grunnleggende for menneskets identitet at man ikke burde bli tvunget til å skjule det for å unngå forfølgelse<sup>214</sup>. Det er hevdet at religionsfriheten er et av de mest grunnleggende elementene «that go to make up the identity of believers and their conception of life.»<sup>215</sup> Dette tilsier at det ikke generelt kan være større rom

---

<sup>209</sup> UNHCR (04/2004) avsnitt 4

<sup>210</sup> HJ og HT avsnitt 11

<sup>211</sup> HJ og HT avsnitt 78.

<sup>212</sup> UNHCR (04/2010) avsnitt 19

<sup>213</sup> S395 avsnitt 81

<sup>214</sup> UNHCR (04/2004) punkt 7,8,13

<sup>215</sup> Kokkinakis v. Greece avsnitt 31

for å vurdere beskyttelsesbehovet ut i fra en vurdering av hvilke *handlinger* som er i kjernen og på grensen av den beskyttede interessen i saker vedrørende religion.

Derimot kan det være gode grunner for å bruke rammeverket av menneskerettigheter for å avgjøre om en handling ligger i kjernen eller på grensen av en beskyttet rettighet, både når det gjelder saker om seksuell legning og saker om religion. Denne vurderingen gir anvisning på at søkeren ikke kan ha et ansvar for å unngå overgrepet ved å handle diskret hvis det er snakk om en handling som er i kjernen av det som er beskyttet. Hvis det derimot gjelder en handling som ligger i grensen av den interessen som er beskyttet kan han velge å opptre diskret for å unngå skaden, da dette ikke engasjerer konvensjonsgrunnene.<sup>216</sup> En slik tilnærming kan imidlertid bare være aktuelt dersom vedkommende ikke risikerer forfølgelse på grunn av sin religiøse eller seksuelle *identitet*, noe som gjør denne normen vanskelig å anvende i praksis.

Det er flere momenter ved begrunnelsen for årsakstesten som tilsier at den er begrunnet i Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2) og vilkårene for asyl i sin helhet. Dette gjelder særlig formålet om surrogatbeskyttelse, som har en sentral plass i begrunnelsen, og måten vilkåret om «velbegrunnet frykt for forfølgelse» tolkes på i diskresjonstilfellene. Disse aspektene gjør seg gjeldende ved samtlige konvensjonsgrunner.

I begrunnelsen for årsakstesten ser konvensjonens underliggende begrunnelse ut til å gjelde alle konvensjonsgrunnene.<sup>217</sup> Spørsmålet om årsaken til diskresjon vurderer om frykten kan knyttes til «forfølgelse» eller ikke, altså om det som fryktes beskyttes av konvensjonen, om det foreligger årsakssammenheng og videre til om formålet om surrogatbeskyttelse gjør seg gjeldende. Dette er med andre ord momenter som er knyttet til flyktningdefinisjonen som sådan, og er ikke begrenset til å gjelde konvensjonsgrunnen «spesiell sosial gruppe».

Videre vil likebehandlingshensynet, herunder synet om diskresjonen som noe påtvunget, gjøre seg gjeldende når søkere må skjule forfølgelsesårsaken, uavhengig av hvilken konvensjonsgrunn det er snakk om. Også hensynet til å finne en god håndterbar regel og poenget om at diskresjonstesten innebærer krav om etablering av en selvpålagt sekundærforfølgelse gjør seg gjeldende på samme måte for andre konvensjonsgrunner.

Disse forholdene tilsier at årsakstesten gjelder et generelt tolkningsspørsmål som refererer seg til flyktningdefinisjonen i sin helhet, selv om Rt. 2012 s.494 og HJ og HT gjaldt en av de likestilte konvensjonsgrunnene. Dette tilsier at tolkningen også får betydning i saker som gjelder

---

<sup>216</sup> Refugee appeal no.74665/03 avsnitt 120

<sup>217</sup> HJ og HT avsnitt 53

de øvrige konvensjonsgrunnene. At det ikke foreligger praksis hvor årsakstesten faktisk har blitt anvendt i saker om religion kan derfor ikke ha avgjørende betydning for spørsmålet om årsakstesten kan anvendes analogisk. Alle forhold tatt i betraktning, kan det derfor heller ikke ha avgjørende betydning at det i Rt.2012 s.494 ble tatt opp at norsk forvaltningspraksis så ut til å gå i retning av årsakstesten i saker om seksuell legning, og at det samme ikke nå er tilfellet i religionsbaserte asylsaker.

Det foreligger noe praksis som gir uttrykk for at årsakstesten også bør anvendes i forhold til konvensjonsgrunnen «religion». Som tidligere nevnt har spørsmålet vært reist i to dommer fra lagmannsretten, hvor retten ikke anså det som nødvendig å ta stilling til spørsmålet. Det ble likevel uttalt at:

«Mye taler etter lagmannsrettens mening for at den samme betraktningsmåte som Høyesterett la til grunn for homofile, også skal anvendes hvor forfølgelsesgrunnen er religion. Det vises for det første til at Høyesterett fant at den forståelsen som ble lagt til grunn var best i samsvar med Flyktningkonvensjonens ordlyd og formål, iallfall for så vidt gjelder det første elementet lagmannsretten har trukket frem foran. For det annet er det vel vanskelig å peke på reelle grunner som tilsier at religiøs tro og praksis bør vurderes annerledes enn seksuell legning og praksis.

På den annen side la Høyesterett også vekt på praksis i andre stater. Etter det lagmannsretten forstår, kan ikke en slik praksis påvises for andre forfølgelsesgrunner enn homofili.

...

Hvorvidt også det andre spørsmålet Høyesterett tok stilling til, nemlig spørsmålet om den som ikke vil stå åpent frem på grunn av at vedkommende frykter forfølgelse, skal få beskyttelse, også hvor forfølgelsesgrunnen er religion, anser lagmannsretten som mer usikkert.»<sup>218</sup>

I den andre lagmannsrettsdommen uttalte retten at den britiske høyesterettsdommen og uttalelser i LB-2010-134086, taler for at vurderingen av beskyttelsesbehovet i saker om religion likestilles med saker om seksuell legning. Her omtaler heller ikke lagmannsretten at det ikke foreligger tilsvarende praksis i saker om religion.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> LB-2010-134086

<sup>219</sup> LB-2012-96733

Videre legges det til grunn at årsakstesten kan anvendes analogisk på andre konvensjonsgrunner i Australia og Storbritannia.<sup>220</sup> Det må antas at dette synet også gjelder i New Zealand, da det er gitt uttrykk for at tilnærmingen i New Zealand dreier seg om det samme som i Australia - «namely that refugee status cannot be denied by requiring of the claimant that he or she avoid being persecuted by forfeiting a fundamental human right.»<sup>221</sup> At årsakstesten er begrunnet i en tolkning av Flyktningkonvensjonen generelt, og ikke bare gjør seg gjeldende i saker om seksuell legning, er senere bekreftet i RT. Den samme domstolen som la grunnlaget for Høyesteretts tolkning i Rt. 2012 s. 494, har altså anvendt årsakstesten på andre konvensjonsgrunner.

### 5.4.3 Konklusjon

Det foreligger ikke tilstrekkelige grunner som tilsier at det kan legges til grunn ulike vurderinger av beskyttelsesbehovet i saker vedrørende seksuell legning og i saker om religion. Som vist ovenfor er det ikke hierarki mellom konvensjonsgrunnene. Videre kan det ikke påvises andre relevante og tilstrekkelig forskjeller mellom konvensjonsgrunnene som legitimerer at det skal være enklere å få flyktningstatus på grunnlag av seksuell legning enn på grunnlag av religion. De samme argumentene for å anvende metoden gjør seg derfor også gjeldende vedrørende konvensjonsgrunnen religion.

Argumentet om at årsakstesten ikke bør anvendes på andre saker enn de som gjelder seksuell orientering, som fremhevet i Justisdepartementets instruks, er muligheten for at årsakstesten ikke er godt nok forankret i en tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1A(2). Dette gjelder særlig med hensyn til vilkåret om at frykten må være «velbegrunnet». Det kan antas at det er et ønske om ikke å la en metode det er tvil ved, få anvendelse i et for stort antall saker. Dette argumentet legitimerer imidlertid ikke en forskjell mellom konvensjonsgrunnene medlemskap i den spesielle sosiale gruppen homofile og religion.

---

<sup>220</sup> RT. [2005] HCA 29. [2007] HCA 40,

<sup>221</sup> Refugee Appeal No 74665/03 avsnitt 124

## 6 Avsluttende bemerkninger

Hovedproblemstillingen for oppgaven har vært om den såkalte «årsakstesten» slikt den legges til grunn av norske rettsanvendere i LHBT-saker, kan anvendes analogisk på asylsaker som gjelder frykt for forfølgelse på grunn av religion. På bakgrunn av analysen og funnene i oppgaven, kan spørsmålet, og derunder svaret, sies å være todelt. For det første om testen i seg selv utgjør en riktig tolkning av flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonens artikkel 1A(2). For det andre, om det finns tilstrekkelige gode grunner for å vurdere religionssaker ulikt, så lenge årsakstesten anerkjennes som gjeldende rett i LHBT-saker.

Spørsmålet om årsakstesten utgjør en riktig tolkning av Flyktningkonvensjonen vil i stor grad være avhengig av om man støtter seg til en tolkningsstil som fokuserer på ordlyden i artikkel 1A(2), eller en eller en formålsrettet tolkningsstil i lys av Flyktningkonvensjonens bakgrunn i menneskerettighetene. Fordi Flyktningkonvensjonen ikke anvendes av et internasjonalt organ som kan treffe enkeltavgjørelser, men forvaltes innenfor medlemsstatenes jurisdiksjon, kan det utvikle seg ulik statspraksis. Man kan derfor se for seg at begge tolkningsalternativene benyttes i statspraksis, med hver sine argumenter for enten diskresjonstesten eller årsakstesten, inntil det kan sies å foreligge enighet mellom konvensjonspartene vedrørende dette tolkningsspørsmålet. Det ser ut til at både årsakstesten og diskresjonstesten kan forvares ut i fra de vagt formulerte vilkårene i flyktningdefinisjonen.

Statspraksis har vist at vilkårenes vaghet både kan være til fordel og ulempe for søkeren. Det kan nevnes eksempler på land som tolker flyktningdefinisjonen fleksibelt og eksempler på land som tolker den restriktivt, og lar politiske vurderinger ha innflytelse på rettsanvendelsen.<sup>222</sup> Årsakstesten vil kunne berøre et stort antall saker. Når det foreligger tolkningstvil kan det da tenkes at politiske vurderinger vil kunne ha innflytelse på hvilken tolkning som legges til grunn i forvaltningspraksis.

Oppgaven har sett på begrunnelsen for årsakstesten og drøftet rettens metodebruk på bakgrunn av rettskilder og tolkningsprinsipper som gjør seg gjeldende ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen. Etter dette kan det sies at årsakstesten kan forvares ut i fra en tolkning av artikkel 1A(2), selv om det må sies å foreligge tvil angående hva som er den riktige tolkningen. Det har videre fremkommet at det også er aspekter ved diskresjonstesten som skaper tvil vedrørende riktigheten av den.

---

<sup>222</sup> Goodwin-Gill (2010) side 145

Oppgaven har forsøkt å få frem at det er problematisk å begrunne at årsakstesten får anvendelse på seksuell legning som en spesiell sosial gruppe, men ikke på konvensjonsgrunnen religion. Først og fremst er det at det ikke foreligger hierarki mellom konvensjonsgrunnene et forhold som viser at årsakstesten bør anvendes analogisk. Ut i fra relevante rettskilder og tolkningsprinsipper er det heller ikke grunnlag for å konkludere med at det er andre forskjeller som er sterke nok til å tilsi at beskyttelsesvurderingen skal være ulik. Dette underbygges av at aspekter ved begrunnelsen for årsakstesten refererer seg til flyktningdefinisjonen generelt.

Når årsakstesten anvendes i norsk forvaltningspraksis i LHBT-saker, er det vanskelig å se grunner til at den ikke også skal anvendes i saker om religion. Årsakstesten bør enten legges til grunn både i saker om seksuell legning og i saker om religion, eller avvises i forhold til begge konvensjonsgrunnene. Uavhengig av om man kommer til at årsakstesten er en riktig tolkning av flyktningdefinisjonen eller ikke, er det på bakgrunn av dette tungtveiende hensyn under flyktningretten som tilsier at årsakstesten bør anvendes analogisk på konvensjonsgrunnen religion i norsk rett.

## **7 Litteraturliste**

### **Norske Lover**

- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35

### **Forarbeider**

Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

### **Justis- og beredskapsdepartementet**

GI-07/2012 Instruks om tolkning av Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a – forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet. 29.06.2012

### **Konvensjoner**

- |                               |  |
|-------------------------------|--|
| Menneskerettighetserklæringen | Universal Declaration of Human Rights, 1948                                  |
| EMK                           | Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950 |
| Flyktningkonvensjonen         | Convention relating to the Status of Refugees, 1951                          |
| SP                            | International Covenant on Civil and Political Rights, 1966                   |
| Wien-konvensjonen             | Vienna Convention on the law of treaties ,1969                               |



## **Norske rettsavgjørelser**

Rt, 2012 s. 494

LB-2010-134086

LB-2012-96733

## **Den europeiske menneskerettsdomstolen**

Kokkinakis v. Greece      European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 May 1993

## **Storbritannia**

[1997] Imm AR43      R v. Immigration Appeal Tribunal, Ex p De Melo

[2010] UKSC 31      HJ and HT v Secretary of State for the Home Department

[2012] UKSC 38      RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department. Supreme Court

[2006] UKHL 46      Secretary of State for the Home Department v. K (FC); Fornah (FC) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent). House of Lords

[1999] 1 AC 293      R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan

[2007] 1 AC 412      Fornah v. Secretary of State for the Home Department

[2006] EWCA Civ 1238      J v. Secretary of State for the Home Department. Court of Appeal

## **Canada**

[1993] 2 S.C.R. 689      Canada (Attorney General) v. Ward. Supreme Court

[1992] 1 FC 629      Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)

## **Australia**

- [2003] HCA 71      Appellant S395/2002 v Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs.
- [2005] HCA 29      Applicant NABD of 2002 v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs
- [2007] HCA 40      SZATV v Minister for Immigration and Citizenship
- [2000] FCA 1599      Wang v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs

## **New Zealand**

Refugee Appeal No. 74665      Refugee Status Appeals Authority, 7. juli 2004

## **USA**

322 F.3d 477 (2003)      Ghidey Gebrengus TESFU, Petitioner-Appellant, v. John Ashcroft, Attorney General, Respondent-Appellee. No. 02-2333. Court of Appeals, Seventh Circuit.

## **FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR)**

- Håndboken      Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Geneva 1979 (Redigert 1992)
- HCR/GIP/04/06      Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. 28. april 2004.  
<http://www.unhcr.org/40d8427a4.html> (sitert 05.11.2014)
- UNHCR 12/2004      Advisory opinion by UNHCR on the interpretation of the refugee definition. 22. desember 2004.

<http://www.refworld.org/docid/4551c0374.html> (siter 13.10.2014)

UNHCR 04/2010 UNHCR intervention before the Supreme Court of the United Kingdom in the case of HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department. 19 April 2010.

<http://www.refworld.org/docid/4bd1abbc2.html> (siter 09.10.2014)

HCR/GIP/12/09 Guidelines on International Protection no.9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. 23. oktober 2012.

<http://www.unhcr.org/509136ca9.pdf> (siter 28.10.2014)

### **Andre FN-dokumenter**

U.N. Doc. E/1618 UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Report of the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Persons (Lake Success, New York, 16 January to 16 February 1950). 17. Februar 1950. <http://www.refworld.org/docid/40aa15374.html> (siter 10.11.2014)

Yearbook of the international Law Commission 1966 Volume 2 1966. A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1. New York, 1967. [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1966\\_v2\\_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf) (siter 22.10.2014)

### **Juridisk litteratur**

Boe, Erik Magnus *Rettskildelære under debatt*. 1. utg. Oslo, 2012

Goodwin-Gill, Guy S. *The refugee in international law*. 3.utg. New York, 2007

McAdam, Jane

Damme, Isabelle Van *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. 1. utg. New York, 2009

- |   |   |
|---|---|
| Eckhoff, Torstein                         | <i>Rettskildelære</i> . 5. utg, ved Helgesen. Oslo, 2001  |
| Einarsen, Terje                           | <i>Retten til vern som flyktning</i> . (1. utgave, bygger på dr. avhandling 1998). Bergen, 2000   |
| Fleischer, Carl August                    | <i>Folkerett</i> . 7. utg. Oslo, 2000   |
| Foster, Michelle                          | <i>International Refugee Law and Socio-Economic Rights</i> . 1.utg. Cambridge, 2007   |
| Goodwin-Gill, Guy S.<br>Lambert, Hélène   | <i>The Limits of Transnational Law: Refugee Law, Policy Harmonization and Judicial Dialogue in the European Union</i> . 1. utg. Cambridge, 2010 |
| Hathaway, James C.                        | <i>The Rights of Refugees under International Law</i> . 1. utg. Cambridge, 2005   |
| Hathaway, James C. og<br>Foster, Michelle | <i>The Law of Refugee Status</i> . 2. utg. Cambridge, 2014  |
| Jacobs, White, og Ovey                    | <i>The European Convention on Human Rights</i> . 5. utg. New York, 2010   |
| Ulfstein, Geir og<br>Ruud, Morten         | <i>Innføring i folkerett</i> . 4. utg. Oslo, 2011   |
| Øyen, Vevstad og Skard                    | <i>Lærebok i utlendingsrett</i> . 1. utg. Oslo, 2013  |

## Artikler

- |                                  |   |
|----------------------------------|---|
| Anker, Deborah.<br>Ardalan, Sabi | <i>Escalating Persecution of Gays and Refugee Protection: Comment on Queer Cases make Bas Law</i> . I: Journal of International Law and Politics. Vol. 44. 2011, side 529 |
| Goodman, Ryan                    | <i>Asylum and the concealment of sexual orientation: where not to draw the line</i> . I: Journal of International Law and Politics. Vol. 44. 2011, side 407               |

- Graver, Hans Petter      *Internasjonale konvensjoner som rettskilde*. Lov og Rett 2003 s 468-489 - (LOR-2003-468) (Lovdata:Artikkelen bygger på et foredrag på Advokatforeningens landsmøte, Trondheim 14.juni 2003.)
- Hathaway, James C.  
Pobjoy, Jason      *Queer cases make bad law*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 44. 2011, side 315
- Millbank, Jenni      *The right of lesbians and gay men to live freely openly and on equal terms is not bad law: a replay to Hathaway and Pobjoy*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 44. 2011, side 497
- Millbank, Jenni.  
Dauvergne, Catherine.      *Before the High Court: Applicants S396/2002 and S395/2002, a Gay Refugee Couple from Bangladesh*. I: Sydney Law Review. Vol. 25. 2003, side 97
- O'Dwyer, Paul      *A Well-Founded Fear of Having My Sexual Orientation Asylum Claim Heard in the Wrong Court*. I: New York Law School Review.Vol. 52. 2007-2008. Side 185
- Tobin, John      *Assesing GLBTI Refugee Claims: Using Human Rights Law to Shift the Narrative of Persecution within Refugee Law*. I: Journal of International Law and Politics. Vol. 44. 2011, side 447

## Annet

- NOAS (Norsk organisasjon for asylsøkere)      Tro, håp og forfølgelse - NOAS' rapport om kristne konvertitter fra Iran. 2014
- Øyen, Øyvind      *Feil om UNEs praksis* (2014).  
[http://www.dagen.no/Meninger/08/07/2014/\\_Feil\\_om\\_UNEs\\_praksis-89714](http://www.dagen.no/Meninger/08/07/2014/_Feil_om_UNEs_praksis-89714) (sitter 05.11.2014)

## Ordbok

- «In pari materia»:      <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/In+pari+materia>